

Rechtsgutachten
„Ansätze für eine Stärkung der Patientenrechte im
deutschen Recht –
Bestandsaufnahme und Handlungsperspektiven“

erstellt
im Auftrag der
Enquete - Kommission
„Recht und Ethik der modernen Medizin“
des Deutschen Bundestages

durch

Prof. Dr. Gerfried Fischer

*Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht,
Rechtsvergleichung und Arztrecht*

Prof. Dr. Winfried Kluth

*Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Richter am
Landesverfassungsgericht*

Prof. Dr. Hans Lillie

*Lehrstuhl für Straf-, Strafprozeßrecht, Rechtsvergleichung und
Medizinrecht,*

Richter am Landgericht

Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Zweite überarbeitete Fassung - Stand März 2002

Gliederung

Literaturverzeichnis	XV
Erster Teil: Allgemeine Einführung	2
A. Anlaß und Fragestellung der Untersuchung	2
I. Anlaß der Untersuchung	2
II. Fragestellung der Untersuchung	4
B. Begriffsklärungen	4
I. Patient	5
a) Patient im engeren, formalen Sinne	5
b) Patient im weiteren Sinne	5
c) Patient – Kranker – Gesunder	5
II. Patientenrechte	6
1. Anknüpfung an den Patientenbegriff und sachliche Bezugspunkte	6
2. Materielle und formelle Patientenrechte	7
3. Individuelle und kollektive Patientenrechte	7
III. Patienteninteressen	8
IV. Bürgerbeteiligung	8
V. Patientenpflichten und Individualverantwortung	8
VI. Medizin- und Gesundheitssystem	9
C. Die Sonderstellung der Patientenrechte unter den Verbraucherrechten	9
I. Patientenrechte als besonderer Fall von Verbraucherrechten	9
II. Besonderheiten der Patientenrechte	10
1. Besonderheiten des Leistungsgegenstandes	10
2. Besonderheiten der Leistungserbringung	10
a) Krankheitsbedingte Beschränkung der Fähigkeit zur Interessenwahrnehmung	10
b) Prozeßhafter Charakter der Leistungsbeziehung	10
3. Besonderheiten der Rahmenbedingungen	11
III. Schlußfolgerungen	11
D. Konzeptionen und „Philosophien“ der Patientenrechte	11

I.	Vielschichtigkeit von Patientenrechten	11
II.	Ziele der Einräumung von Patientenrechten	12
	1. Gewährleistung von Individualrechten	12
	2. Qualitäts- und Effizienzsteigerung	13
	a) Qualitäts- und Effizienzsteigerung durch Individualrechte	13
	b) Qualitäts- und Effizienzsteigerung durch Standards und institutionelle Kontrolle	13
	3. Demokratisierung und Stärkung von Bürgerrechten	14
	4. Verbindung und Überlagerung von Zielen	14
III.	Auswirkungen auf die Regelungsmodalitäten	14
	1. Adressatenkreis der Regelung	14
	2. Rechtsgewährleistungsebenen	15
	3. Regelungsort	15
E.	Einbettung der Patientenrechte in übergeordnete Zusammenhänge des Gesundheitssystems	16
	I. Interdependenzen im Gesundheitssystem	16
	II. Erforderlichkeit und Kernpunkte der Gesundheitsreform	17
	III. Bedeutung für die Patientenrechte	18
F.	Methodischer Ansatz und Gang der Untersuchung	18
	I. Methodischer Ansatz	18
	II. Gang der Untersuchung	19
Zweiter Teil: Verfassungsrechtliche Grundlagen		20
A.	Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Perspektive für die Begründung und Ausgestaltung von Patientenrechten	20
	I. Verfassung als Rahmenordnung mit Zielvorgaben	20
	1. Zur Unterscheidung von Rechtsfortbildung und Reformgesetzgebung	20
	2. Das Grundgesetz als Impulsgeber für Reformgesetzgebung	21
	II. Bedeutung des Verfassungsrechts für die Behandlung der Thematik Patientenrechte	23
	1. Bisheriger Stand von Rechtsprechung und Wissenschaft	23
	2. Verfassungsrechtliche Bezugspunkte im Überblick	23
	a) Grundrechtliche Impulse	23

b)	Vorgaben des Sozialstaatsprinzips	24
c)	Kollidierende Rechtspositionen	24
d)	Abwägungsvorgaben	25
e)	Ordnungs-, Ausgleichs- und Sicherungsfunktion des Gesetzgebers	25
B.	Einzelmaßgaben des Verfassungsrechts	25
I.	Ableitung und Reichweite materieller Patientenrechte aus den Grundrechten	25
1.	Art. 1 Abs. 1 GG – Achtung der Menschenwürde	25
a)	Schutzbereich	25
b)	Bedeutung für Patientenrechte	27
2.	Art. 2 Abs. 2 GG – Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit	28
a)	Grundrecht auf Leben	28
aa)	Schutzbereich	28
bb)	Beeinträchtigungen	29
cc)	Bedeutung für Patientenrechte	31
b)	Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit	33
aa)	Schutzbereich	33
bb)	Beeinträchtigungen	33
cc)	Bedeutung für Patientenrechte	34
3.	Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – allgemeines Persönlichkeitsrecht	34
a)	Schutz der Intimsphäre	35
aa)	Schutzbereich	35
bb)	Bedeutung für Patientenrechte	35
b)	Autonomieschutz	36
aa)	Schutzbereich	36
bb)	Bedeutung für Patientenrechte	37
4.	Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – Recht auf informationelle Selbstbestimmung	38
a)	Schutzbereich	38
b)	Bedeutung für Patientenrechte	38

5. Art. 4 Abs. 1 GG – Weltanschauungs-, Religions- und Gewissensfreiheit	39
a) Schutzbereich	39
b) Bedeutung für Patientenrechte	39
6. Art. 6 Abs. 1 und 2 GG – Schutz der Familie und Erziehungsrecht der Eltern	40
a) Schutzbereich	40
b) Bedeutung für Patientenrechte	40
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Patientenbegriff	41
III. Prozedurale und institutionelle Absicherung von materiellen Patientenrechten	41
1. Zu Bedeutung und Funktion prozeduralen und institutionellen Grundrechtsschutzes	41
2. Grundrechtsschutz durch Verfahrensgarantien	42
3. Grundrechtsschutz durch institutionelle Absicherungen	42
C. Verfassungsrechtliche Kollisionslagen - Überblick	43
I. Die Rechtsstellung des Arztes	44
II. Die Belange des Gesundheitssystems	45
III. Sonstige kollidierende Rechtspositionen	45
D. Verfassungsrechtlicher Auftrag zum Erlaß eines Patientengesetzes?	45
Dritter Teil: Patientenrechte im Zivilrecht	49
A. Bestandsaufnahme zum deutschen Recht	49
I. Einwilligung und Information des Patienten - Voraussetzungen und rechtliche Sanktionen	49
1. Einwilligung	49
a) Einwilligung und Behandlungsverweigerung	49
b) Mutmaßliche Einwilligung	50
aa) Operationserweiterungen	50
bb) Behandlungsabbruch bei bewußtlosen, unheilbar Kranken	51
c) Einwilligung Dritter	52
aa) Ehegatte	52
bb) Eltern und gesetzliche Vertreter	53

d) Form der Einwilligung	56
2. Sicherheitssaufklärung	56
3. Selbstbestimmungsaufklärung	57
a) Diagnoseaufklärung	57
b) Verlaufsaufklärung	58
c) Risikoaufklärung	58
d) Form der Aufklärung	59
e) Zeitpunkt der Aufklärung und Person des Aufklärenden	60
4. Wirtschaftliche Aufklärung	61
5. Verzicht und therapeutisches Privileg	61
6. Folgen der Aufklärungspflichtverletzung	62
a) Körperverletzung oder Verletzung des Persönlichkeitsrechtes	62
b) Zurechnungs- bzw. Rechtswidrigkeitszusammenhang	62
c) Sog. echte Entscheidungskonflikt	63
7. Verletzung der Aufklärungspflicht - Beweislastverteilung	64
II. Das Recht auf Sicherheit und Qualität - Haftung für Behandlungsfehler	65
1. Haftungsgrundlagen	65
2. Bestimmung des Sorgfaltsstandards	66
3. Einfluß wirtschaftlicher Zwänge	67
4. Bedeutung von Leitlinien	69
5. Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen	70
6. Beweislastverteilung für Behandlungsfehler	70
a) Prima-facie-Beweis	71
b) Beweiserleichterung bei groben Behandlungsfehlern	71
c) Beweiserleichterungen bei Mängeln in der Befunderhebung und Befundsicherung	72
d) Beweislastumkehr bei Anfängeroperationen	73
7. Schadensersatz und Schmerzensgeld	73
a) Ersatz materieller Schäden	73
b) Ersatz immaterieller Schäden	73
c) Sonderfälle	74

aa) Familienplanungsschäden bei der Geburt eines gesunden Kindes	74
bb) Nachkommenschaftsschäden	76
cc) Pränatale und perinatale Schädigungen	77
III. Verantwortung und Haftung im Hinblick auf Personen, Geräte und Produktverwendung im Rahmen eines arbeitsteiligen Behandlungsvorgangs	78
1. Haftung der Klinik für Personal/Eigenhaftung	78
a) Haftung für Erfüllungsgehilfen	78
b) Deliktische Haftung	80
c) Organhaftung	80
d) Haftung für den beamteten Arzt	80
2. Haftung im Ärzteteam	81
3. Haftung für Geräte	82
4. Haftung für Blutprodukte (HIV-Infektion)	82
IV. Medizinische Versuche am Menschen	84
1. Grundlagen	84
2. Medizinische Versuche an einwilligungsunfähigen Personen	86
B. Regelungen im europäischen Vergleich	87
I. Information des Patienten (Einwilligung und Aufklärung) - Voraussetzungen und rechtliche Sanktionen	87
1. Einwilligungsprobleme	89
a) Behandlungsverweigerung und Zwangsbehandlung	89
b) Mutmaßliche Einwilligung	91
c) Einwilligung Dritter	92
aa) Einwilligung des Ehegatten	92
bb) Eltern und gesetzliche Vertreter	93
d) Form der Einwilligung	97
2. Aufklärung	98
a) Arten der Aufklärung	98
b) Aufklärungsverzicht und therapeutisches Privileg	102
c) Beweislast und Form der Aufklärung	104
d) Folgen der Aufklärungspflichtverletzung	105
II. Behandlungsfehler - einschließlich Beweislast	107

1.	Haftungsgrundlagen	107
2.	Verletzung von Sorgfaltspflichten	109
	a) Verschuldensprinzip	109
	b) Verschuldensform	111
	c) Sorgfaltsmaßstab	113
3.	Kausalitätsfragen	115
	a) Tatsächlicher Ursachenzusammenhang	115
	b) Zurechnungsfragen	117
4.	Beweislast	119
	a) Beweiserleichterung durch prima-facie-Beweis	120
	b) Beweiserleichterung bei groben Behandlungsfehler	122
	c) Beweiserleichterung wegen Dokumentationsmangels	123
	d) Beweislast bei Vertragsverletzungen	124
5.	Schadensersatz und Schmerzensgeld	124
	a) Grundlagen	125
	b) Der Ersatz materieller Schäden	126
	c) Der Ersatz immaterieller Schäden	127
	d) Sonderfälle: Familienplanungs- und Nachkommenschaftsschäden	129
	aa) Familienplanungsschäden bei der Geburt eines gesunden Kindes	129
	bb) Nachkommenschaftsschäden	131
	cc) Pränatale und perinatale Schädigungen	132
III.	Verantwortung und Haftung im Hinblick auf Personen, Geräte und Produktverwendung im Rahmen eines arbeitsteiligen Behandlungsvorgangs	133
	1. Haftung der Klinik für Personal/Eigenhaftung	133
	2. Haftung im Ärzteteam	137
	3. Haftung für Geräte	139
	a) Objektive Haftung	139
	aa) Produkthaftung	139
	bb) Haftung des Arztes oder Krankenhauses	139
	b) Beweislastumkehr	142
	c) Verschuldensabhängige Haftung	142

4. Haftung bei Blutprodukten (HIV-Infektion)	143
IV. Medizinische Versuche am Menschen	144
1. Grundlagen	144
2. Materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen	145
3. Genehmigungs- und Kontrollverfahren	151
4. Haftung	152
C. Handlungsperspektiven	153
I. Selbstbestimmungsrecht: Einwilligung und Aufklärung	153
1. Einwilligungsprobleme	153
2. Aufklärung	155
a) Aufklärung über sämtliche Behandlungsalternativen	155
b) Ausschluß des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens	156
II. Verbesserung der Haftung	158
1. Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz	158
2. Haftungsergänzung durch Versicherungsschutz	158
a) Entschädigungsvoraussetzungen	159
b) Begrenzung der zu ersetzenden Schäden	160
3. Gefährdungshaftung in Teilbereichen	161
a) Gefährdungshaftung für Gerätefehler	162
b) Gefährdungshaftung gegenüber Probanden und Spendern von Körpersubstanzen	164
4. Beweislastregeln	165
5. Einheitliche Haftung aus Vertrag und Delikt	165
6. Zentralisierte Haftung des Krankenhausträgers	167
III. Medizinische Versuche am Menschen	167
IV. Ergebnis der Handlungsvorschläge	170
Vierter Teil: Patientenrechte im Strafrecht	173
A. Bestandsaufnahme der bestehenden bundesdeutschen Regelungen einschließlich rechtsvergleichender Betrachtungen	173
I. Strafrecht und Patientenrechte	173
1. Einleitung	173

2.	Regelung der Patientenrechte in der Bundesrepublik Deutschland - Rechtsgrundlagen	175
3.	Regelung der Patientenrechte in anderen EU-Staaten	180
4.	Neuere Vorgänge in der Bundesrepublik Deutschland	185
5.	Zusammenfassung	187
II.	Konzeptionelle Entwicklungen. Der ärztliche Heileingriff im Strafrecht	188
1.	Einleitung sowie deutsche Rechtslage	188
2.	Neuere empirische Forschungsergebnisse	192
3.	Rechtsvergleichender Überblick	202
a)	Portugal	204
b)	Österreich	206
c)	Spanien	209
d)	Belgien	211
e)	Frankreich	211
f)	Griechenland	212
g)	Italien	213
h)	Holland	214
i)	England und Schottland	215
j)	Schweden	215
k)	Dänemark	216
l)	Finnland	216
m)	Zusammenfassung	216
4.	Schlussfolgerungen zur Stärkung der Patientenrechte	218
5.	Ausblick	220
III.	Vertraulichkeit und Schweigepflicht	221
1.	Bedeutung für Arzt und Patient	221
2.	Rechtsgrundlagen	222
3.	Inhalt und Ausgestaltung der ärztlichen Schweigepflicht	222
a)	Gesetzliche Regelungen	222
b)	Umfang der Schweigepflicht	223
4.	Schweigepflichtige Personen – die personelle Reichweite der Schweigepflicht	224
a)	Ärzte	225
b)	Berufsmäßig tätige Gehilfen	225

c) Versicherungsgesellschaften	227
d) Privatärztliche und gewerbliche Verrechnungsstellen	227
5. Zur Sondersituation des Arztes in Belgien	228
6. Entwicklung in England und Schottland	229
7. Schweigepflicht unter Ärzten	229
a) Patientenüberweisungen	230
b) Ärztliche Schweigepflicht bei der Praxisveräußerung	231
8. Patientenakten und Rechnungshofskontrolle	231
9. Ärztliche Schweigepflicht und Steuerprüfung	233
10. Schweigepflicht und wissenschaftliche Forschung	233
11. Ausnahmen von der ärztlichen Schweigepflicht	234
a) Einwilligung des Patienten zur Beschränkung des Schutzes seiner Geheimnisse	234
b) Konkludente Einwilligung	235
c) Mutmaßliche Einwilligung zur Entbindung	235
d) Schweigepflicht nach dem Tod	237
e) Offenbarung ohne Einwilligung des Patienten	237
f) Rechtfertigender Notstand	238
12. Regelungen in anderen europäischen Staaten	240
13. Verschwiegenheitsverpflichtung gegenüber Ehegatten, Lebenspartnern und Familienangehörigen	242
14. Rechtsvergleichende Ergänzungen	242
15. Zeugnisverweigerungsrecht	243
16. Ärztliche Schweigepflicht und EDV	251
IV. Ärztliche Dokumentation und Recht auf Akteneinsicht	252
1. Ärztliche Dokumentationspflicht	252
a) Rechtliche Grundlagen der Dokumentationspflicht	254
b) Sinn und Zweck ärztlicher Dokumentation	256
c) Inhalt und Umfang der Dokumentationspflicht	257
d) Zeitpunkt sowie Art und Weise der Dokumentation	259
e) Pflicht zur Aufbewahrung ärztlicher Aufzeichnungen	260
f) Dokumentationsmängel und ihre Folgen	260
2. Recht auf Akteneinsicht	261
a) Rechtsgrundlagen des Einsichtsrechtes	261

b)	Umfang des Einsichtsrechtes	264
c)	Einschränkungen des Einsichtsrechtes	265
d)	Einschränkungen des Einsichtsrechtes in anderen Rechtsordnungen	265
e)	Akteneinsichtsrecht der Erben	266
V.	Sterbehilfe	267
1.	Rechtslage in Deutschland	268
a)	Passive Sterbehilfe	269
b)	Indirekte Sterbehilfe	272
c)	Aktive Sterbehilfe	273
d)	Alternativ-Entwurf Sterbehilfe	274
2.	Die Rechtsprechung zum Arzt-Patienten-Verhältnis am Ende des Lebens	274
3.	Konsequenzen für den Patientenwillen	279
4.	Rechtslage in anderen europäischen Staaten	286
a)	Niederlande	286
b)	Österreich	289
c)	Schweiz	290
d)	Großbritannien	290
e)	Spanien	292
f)	Frankreich	293
g)	Belgien	294
h)	Griechenland	295
i)	Liechtenstein	296
j)	Dänemark	296
k)	Finnland	297
l)	Norwegen	298
m)	Schweden	298
n)	Italien	298
B.	Handlungsperspektiven für den Gesetzgeber und Vorschläge für rechtsvereinheitlichende Reformen	299
I.	Strafrecht und Patientenrechte	299
II.	Konzeptionelle Entwicklungen. Der ärztliche Heileingriff	301
1.	Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht	301

2.	Strafrecht und Arzthaftungsrecht, insbesondere der ärztliche Heileingriff	303
III.	Vertraulichkeit, Schweigepflicht	306
IV.	Ärztliche Dokumentation und Recht auf Akteneinsicht	308
V.	Transplantation, Gewebeentnahme und Transfusion	309
VI.	Sterbehilfe	311
1.	Verfahrensrichtlinien	311
2.	Sterbehilfe auf Verlangen	312
3.	Sterbehilfe und Standesrecht	313
C.	Zusammenfassung	314
	Fünfter Teil: Patientenrechte im Sozialrecht i.w.S.	316
A.	Einleitende Bemerkungen	316
I.	Verständnis des Sozialrechts i.w.S.	316
II.	Methodische Hinweise	317
III.	Übersicht zum weiteren Gang der Untersuchung	318
B.	Materielle Patientenrechte im Sozialrecht	318
I.	Bestandsaufnahme Deutschland	318
1.	Recht auf medizinische Versorgung	318
2.	Recht auf Qualität	319
3.	Recht auf freie Arztwahl	320
4.	Mitaufnahme einer Begleitperson, Kinderbetreuung, Besuchszeiten	320
5.	Unterstützung von fremdsprachigen Patienten	321
II.	Bestandsaufnahme Ausland	321
1.	Frankreich	321
2.	Niederlande	322
III.	Handlungsbedarf und Regelungsvorschläge	322
C.	Information und Beratung, Beschwerde, Betreuung und Fürsprache	324
I.	Bestandsaufnahme Deutschland	324
1.	Informations- und Beratungsstellen	324
2.	Verbraucherzentralen	325
3.	Patienten- und Angehörigenberatungsstellen in Krankenhäusern	325
4.	Patientenbeschwerdestellen in Krankenhäusern	325
5.	Patientenfürsprecher in Krankenhäusern	326

II.	Bestandsaufnahme Ausland	327
1.	Dänemark	327
2.	Finnland	327
3.	Niederlande	328
4.	Großbritannien	328
5.	Österreich	328
III.	Handlungsbedarf und Regelungsvorschläge	329
D.	Institutionelle Patientenunterstützung	330
I.	Bestandsaufnahme Deutschland	330
1.	Ethikkommissionen	330
2.	Patientenschutzvereine, Selbsthilfegruppen	331
3.	Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen	331
4.	Einrichtungen zur Qualitätssicherung	331
II.	Bestandsaufnahme Ausland	332
1.	Niederlande	332
2.	Großbritannien	333
3.	Massachusetts	333
III.	Handlungsbedarf und Regelungsvorschläge	334
E.	Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen	334
I.	Bestandsaufnahme Deutschland	334
1.	Vorbemerkungen zur Einordnung der Bürgerbeteiligung	334
2.	Landes- und Kommunale Gesundheitskonferenz NRW	335
3.	Beteiligungsrechte in den Organen der Sozialversicherung	337
II.	Bestandsaufnahme Ausland	337
1.	Schottland	337
2.	USA	338
3.	Niederlande	338
4.	Großbritannien	338
III.	Handlungs- und Regelungsbedarf	339

Sechster Teil: Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen	340
A. Handlungsempfehlungen aus der Sicht des Privatrechts	340
B. Handlungsempfehlungen aus der Sicht des Strafrechts	341
C. Handlungsempfehlungen aus der Sicht des öffentlichen Rechts	342

Literaturverzeichnis

- | | |
|---------------------------------------|--|
| Alberts, Hermann | Sterbehilfe, Vormundschaftsgericht und Verfassung, NJW 1999, 835 |
| Albrecht, Dietlinde | Anmerkung zum Beschluß des OLG Duisburg vom 9.6.1999, MedR 2000, 431 |
| Albrecht, Dietlinde | Stellenwert der Patientenverfügung, Intensiv- und Notfallbehandlung 2000, 185 |
| Amelung, Knut | Die Einwilligung des Unfreien, ZStW 95 (1983), 1 |
| Amelung, Knut | Über die Einwilligungsfähigkeit Teil I, ZStW 104 (1992), 525 |
| Andenas, Johannes
Bratholm, Anders | Speziell strafferett 2, Oslo 1990 |
| Andreas, Manfred | Ärztliche Schweigepflicht im Zeitalter der EDV, ArztR 2000, 296 |
| Androulakis | Strafrecht, BT, 1974 |
| Arzt, Gunther
Weber, Ulrich | Strafrecht, Besonderer Teil, Bielefeld 2000 |
| Arzt, Gunther | Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, in: Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, hrsg. von Gunther Arzt, Gerhard Fezer, Ulrich Weber, Ellen Schlüchter, Dieter Rössner, Bielefeld 1992, S. 201 |
| Backhaus, Ralph | Inwieweit darf die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden beurteilt werden?, MedR 1996, 201 |

- Bar, Christian von
Grothe, Helmut
Bar, Christian von
Fischer, Gerfried
Baumann, Horst
Baumgärtel, Gottfried
Baumgärtel, Gottfried
Baumgärtel, Gottfried
Berger, Christian
Bergmann, Karl-Otto
Berndt
Fischer
Bernsmann, Klaus
Bienwald, Werner
- Deliktsrecht in Europa, Köln 1994
Haftung bei der Planung und Förderung
medizinischer Forschungsvorhaben, NJW 1980,
2734
Arzthaftung und Versicherung, JZ 1983, 162
Das Wechselspiel der Beweislastverteilung im
Arztprozeß, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns,
hrsg. von Johannes Baltzer, Gottfried Baumgärtel,
Egbert Peters, Helmut Pieper, München 1980, S. 93
Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Auflage,
Köln 1991
Die beweisrechtlichen Auswirkungen der
vorgeschlagenen EG-Richtlinie zur
Dienstleistungshaftung auf die Arzthaftung und das
Baurecht, JZ 1992, 321
Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur
Sicherung der Patientenautonomie am Ende des
Lebens, JZ 2000, 797
Die Arzthaftung - Ein Leitfaden für Ärzte und
Juristen, Berlin, Heidelberg, New York 1999
Medizinische Leitlinien, Juristische Dimensionen,
DÄBl. 2000, A - 1942; A - 1944
Der Umgang mit irreversibel bewusstlosen Personen
und das Strafrecht, ZRP 1996, 87
Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt/M.
vom 15.7.1998, FamRZ 1998, 1138

- Bienwald, Werner Die Vorsorgevollmacht - ein gleichwertiger Ersatz der Betreuerbestellung?, BtPrax 1998, 164
- Blei, Hermann Strafrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, München 1983
- Bloy, René Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie? Überlegungen zur Reichweite des Tatbestandes des § 239 Abs. 1 StGB, ZStW 96 (1984), 703
- Bockelmann, Paul Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, 945
- Bockelmann, Paul Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, JZ 1962, 525
- Bockelmann, Paul Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1968
- Bongen, Wolfgang
Kremer, Ralf Ärztliche Schweigepflicht und Honorareinzahlung durch Dritte, MDR 1991, 1031
- Brändel, Oliver C. Über das Recht, den Zeitpunkt des eigenen Todes selbst zu bestimmen, ZRP 1985, 85
- Bratholm, Anders Strafferett og samfunn, Oslo 1980
- Brinkbäumer
Emcke
Ludwig
Broglie Tödlicher Pfusch, in: Der Spiegel, 5, 2000, S. 54
Qualitätsmanagement in Klinik und Praxis, 1999
- Brüggemeier, Gert Der Vorschlag einer EG-Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen im Lichte des deutschen und schweizerischen Schuldrechts, ZSR NF 112 (1993) I, 419

- Bruns, W.
Andreas, M.
Debong, B.
- Ärztliche Schweigepflicht im Krankenhaus, ArztR
1999,32
- Büsken, Rainer
Klücklich, Gabriele
- Die Krankenhausbehandlung – Haftungssystem und
innerbetrieblicher Schadensausgleich (Freistellungen
– Regreß), VersR 1994, 1141
- Cerezo Mir, José
- Curso de Derecho Penal Espanol, Parte General I,
Madrid 1984
- Charalambakis
- Arzthaftung und Deontologie, Iperaspisi 1993
- Coepicus, Rolf
- Behandlungsabbruch, mutmaßlicher Wille und
Betreuungsrecht, NJW 1998, 3381
- Coester-Waltjen, Dagmar
- Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des
künftigen Vaters, NJW 1985, 2175
- Cramer, Peter
- Ein Sonderstraftatbestand für die eigenmächtige
Heilbehandlung, in: Festschrift für Theodor Leckner
zum 70. Geburtstag, hrsg. von Albin Eser, Ulrike
Schittenhelm, Heribert Schumann, München 1998, S.
759
- Dahm, Franz-Josef
Burghardt, Rainer
- Investive Beteiligung von Ärzten und Nichtärzten im
Bereich der Heilberufe, MedR 1999, 485
- Damm, Reinhard
- Persönlichkeitsschutz in der Medizin- und Biotechnik,
Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft, Bremen
2001, S. 9
- Deichmann, Marco
- Vormundschaftsgerichtlich genehmigtes Töten durch
Unterlassen?, MDR 1995, 983
- Deichmann, Marco
- Vormundschaftsgerichtlich genehmigtes Töten durch
Unterlassen?, MDR 1995, 983

- Detering, Jutta Forum: § 216 StGB und die aktuelle Diskussion um die Sterbehilfe, JuS 1983, 418
- Deutsch, Erwin Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten, NJW 1981, 1305
- Deutsch, Erwin Medizinrecht, 4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1999
- Deutsch, Erwin
Schreiber, Hans-Ludwig Medical Responsibility in Western Europe, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 1985
- Deutsch, Erwin
Matthies, Karl-Heinz Arzthaftungsrecht: Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen, Köln 1985
- Deutsch, Erwin Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979, 1905
- Deutsch, Erwin Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192 (1992), 161
- Deutsch, Erwin ZU den Anforderungen an die ärztliche Aufklärung bei öffentlich empfohlenen Impfungen, JZ 2000, 902
- Deutsch, Erwin Ressourcenschonung und Haftungsmaßstab im Medizinrecht, VersR 1998, 261
- Deutsch, Erwin Zum Schadensersatzanspruch des geschädigten Kindes gegen den Arzt, der die Gefahr der Schädigung des Ungeborenen schuldhaft nicht erkannt hat, JZ 1983, 451
- Deutsch, Erwin Schadensersatz und Verfassungsrecht, Art 1 II Unterhalt oder Kind als Schaden – Der BGH unterscheidet Fallgruppen und weicht vom BVerfG ab, NJW 1994, 776

- Deutsch, Erwin Die Bildung von Ethik-Kommissionen nach § 40 AMG, VersR 1995, 121
- Deutsch, Erwin Versicherungspflicht bei klinischer Forschung – Aufgabe der universitären Ethik-Kommissionen?, MedR 1995, 483
- Deutsch, Erwin Die Anfängeroperation – Aufklärung, Organisation, Haftung und Beweislastumkehr, NJW 2984, 650
- Deutsch, Erwin Einheitliche Dienstleistungshaftung in Europa, ZRP 1990, 454
- Deutsch, Erwin Das Gesetz über die humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-Infizierte, NJW 1996, 755
- Deutsch, Erwin Berufshaftung und Menschenwürde, NJW 1998, 510
- Deutsch, Erwin Klinische Forschung International: Die Deklaration von Helsinki des Weltärztebundes in neuem Gewand, NJW 2001, 857
- Deutsch, Erwin (Hrsg.) Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995: der Schadensersatz und seine Deckung, Berlin 1995
- Dijon, Xavier Le sujet de Droit en son corps, Bruxelles 1982
- Dinslage, Karl H. Patientenversicherung Alternative zur Arzthaftpflicht, VersR 1981, 310
- Dodegge, Georg Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 1999, NJW 1999, 2709
- Dodegge, Georg Die Entwicklung des Betreuungsrecht bis Anfang Juni 1997, NJW 1997, 2425, 2437

- Dölling, Dieter Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15.11.1996, JR 1998, 160
- Dölling, Dieter Zulässigkeit und Grenzen der Sterbehilfe, MedR 1987, 6
- Dölling, Dieter Zum Strafraumen bei Mord aus Habgier und zur Zulässigkeit einer indirekten Sterbehilfe, JR 1998, 160
- Dörner, Klaus Hält der BGH die "Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens" wieder diskutabel?, ZRP 1996, 93
- Eberhardt, Dietrich Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschlands, Freiburg i. Br. 1966
- Ehlers Praxis des Arzthaftungsrechts, 1994
- Brogli
- Ehlers, Alexander P. F. Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht durch die Weitergabe von Patientendaten zu Forschungszwecken an den Doktoranden?, RPG 1998, 87
- Tillmanns, Christian H.
- Elzer, Oliver Die Grundrechte Einwilligungsunfähiger – ein Beitrag zum EMRÜ – Biomedizin, MedR 1998, 122
- Engeljähriger, Daniela Ärztlicher Behandlungsvertrag, ÖJZ 1993, 488
- Engisch, Karl Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939), 1
- Eser, Albin Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht, ZStW 97 (1985), 1

- Eser, Albin
Zur Regelung der Heilbehandlung in
rechtsvergleichender Perspektive, in: Festschrift für
Hans-Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, hrsg.
von Thomas Weigend, Georg Küpper, Berlin, New
York 1999, S. 465
- Eser, Albin
Perron, Walter
Rechtfertigung und Entschuldigung, Band IV,
Freiburg 1995
- Eser, Albin
Huber, Barbara
Strafrechtsentwicklung in Europa, Band 3 (1990),
Band 4 (1994), Band 5 (1997, 1999), Freiburg
- Eser, Albin
Koch, Hans-Georg
Materialien zur Sterbehilfe. Eine internationale
Dokumentation, Freiburg 1991
- Eser, Albin
Sterbewille und ärztliche Verantwortung, MedR 1985,
6
- Fahmy Abdou, Antoun
Le consetement de la victime, 1971
- Ficker, Hans Claudius
Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70.
Geburtstag, Tübingen 1978
- Figuerido Dias
O Problema da Ortotana'sia: Introducao a sua
Consiracao iuridica in Astincnicas, Modernas de
Reanimacao, 1973
- Fischer, Gerfried
Die mutmaßliche Einwilligung bei ärztlichen
Eingriffen, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70.
Geburtstag, hrsg. von Hans-Jürgen Ahrens, Christian
von Bar, Gerfried Fischer, Andreas Spickhoff, Jochen
Taupitz, Köln, Berlin, Bonn, München 1999
- Fischer, Gerfried
Lilie, Hans
Ärztliche Verantwortung im europäischen
Rechtsvergleich, Köln, Berlin, Bonn, München 1999
- Fischer, Gerfried
Medizinische Versuche am Menschen, Göttingen
1979

- Fischer, Gerfried Beweisführungslast hinsichtlich der sog.
therapeutischen Aufklärungspflicht, JR 1981, 501
- Fleming, John Gunther The law of torts, 7. Auflage, Noth Ryde 1987
- Foregger, Egmont Strafgesetzbuch, 6. Auflage, Wien 1997
- Kodek, Gerhard
- Fabrizy, Eugen
- Francke, Robert Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation,
Hart, Dieter Stuttgart 1987
- Francke, Robert Charta der Patientenrechte, Baden-Baden 1999
- Hart, Dieter
- Francke, Robert Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, Stuttgart
1994
- Franzki, Dietmar Beweislastregeln in Arzthaftungsprozeß, Berlin 1982
- Freund, Georg Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des
Strafrechts, ZStW 109 (1997), 455
- Frister, Helmut Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt/M.
vom 15.07.1998, JR 1999, 73
- Frister, Helmut Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt vom
15.07.1998, JR 1999, 73
- Füllgraf, Lutz Zur wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Arztes,
NJW 1984, 2619
- Gallas, Wilhelm Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom
Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1
- Gehrlein, Markus Grenzen der Schadensersatzpflicht des Arztes für
Unterhaltsaufwand bei ungewollter Schwangerschaft,
NJW 2000, 1771

- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts, 4. Auflage, München
Coester-Waltjen, Dagmar 1994
- Giesen, Dieter International Medical Malpractice Law, Tübingen
1988
- Giesen, Dieter Arzthaftungsrecht; die zivilrechtliche Haftung aus
medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik
Deutschland, in Österreich und in der Schweiz, 4.
Auflage, Tübingen 1995
- Giesen, Dieter Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, Tübingen 1995
- Giesen, Dieter Recht der Frucht/Recht der Mutter in der
Poll, Jens embryonalen und fetalen Phase aus juristischer
Sicht, JR 1993, 177
- Giesen, Dieter Zur Annäherung von Arzthaftung und
Dienstleistungshaftung in Deutschland und Europa,
JZ 1991, 485
- Giesen, Dieter Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, Tübingen 1995
- Gmuer, Max Berner Kommentar: Kommentar zum
Becker, Herrmann schweizerischen Privatrecht; schweizerisches
Meier-Hayoz, Arthur Zivilgesetzbuch, Bern 1962
- Brehm, R.
Hausheer, Heinz
Göppinger, Horst Betrachtung zur Unterbringung psychisch Kranker,
FamRZ 1980, 856
- Gössel, Karl Heinz Strafrecht - Besonderer Teil, Band I, Heidelberg 1987
- Groot, Dineke de Das Recht und das Lebensende in den
Niederlanden, BtPrax 2001, 223
- Gropp, Walter Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der
Rechtsprechung, NStZ 1985, 97

- Gründel, Mirko
Einwilligung des Betreuers in den Abbruch
lebenserhaltender Maßnahmen, NJW 1999, 3391
- Grünebaum, Rolf
Zur Strafbarkeit des Therapeuten im
Maßregelvollzug bei fehlgeschlagenen Lockerungen,
Frankfurt/M. u. a. 1996
- Grunsky, Wolfgang
Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum
Schadensersatzrecht, JZ 1986, 170
- Grünwald, Gerald
Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW 73 (1961), 1
- Hacks, Susanne
Ring, Ameli
ADAC-Handbuch der Schmerzensgeldbeträge, 15.
Auflage, München 1991
- Haedrich, Heinz
Atomgesetz mit Pariser Atomhaftungs-
Übereinkommen, Baden- Baden 1986
- Haft, Fritjof
Strafrecht. Besonderer Teil, 7. Auflage, München
1998
- Hahne - Reulecke, Karin
Kontrollrechte des Rechnungshofs und Krankenakte,
jur. Diss. Göttingen 1997
- Hahne -Reulecke, Karin
Das Recht der Rechnungshöfe auf Einsicht in
Krankenakten, MedR 1988, 235
- Hanika, Heinrich
Patientencharta, MedR 1999, 149
- Hardwig, Werner
Betrachtungen zur Frage des Heileingriffs, GA 1965,
161
- Hart, Dieter
"Organisationsaufklärung" – Zum Verhältnis von
Standardbehandlung, Organisationspflicht und
ärztlicher Aufklärung, MedR 1999, 47

- Hart, Dieter Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen – Zugleich ein Beitrag zum medizinischen und rechtlichen Standardbegriff, MedR 1998, 8
- Hart, Dieter HIV-Infektionen durch Blut und Blutprodukte, MedR 1995, 61
- Heberlein, Ingo Paradigmenwechsel in der Krankenversicherung, VSSR 1999, 123
- Heine, Günter Sterbehilfe als rechtliches Problem: Die Situation in der Schweiz, JR 1986, 314
- Helgerth, Roland Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13.09.1994, JR 1995, 338
- Helle, Jürgen Schweigepflicht und Datenschutz in der medizinischen Forschung, MedR 1996, 13
- Hennies, Günter Risikoreiche ärztliche Maßnahmen – betreuungsrechtliche Eingriffe, MedR 1999, 341
- Hennies, Günter Patientenrechte, ArztR 2000, 116
- Herzberg, Rolf Dietrich Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?, NJW 1996, 3043
- Herzberg, Rolf Dietrich Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt (Teil 2), JA 1985, 177
- Hilgendorf, Eric Zwischen Humanexperiment und Rettung ungeborenen Lebens - Der Erlanger Schwangerschaftsfall, JuS 1993, 97

- Hirsch, Hans Joachim Zur Frage eines Straftatbestandes einer
eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Festschrift für
Heinz Zipf, hrsg. von Karl Heinz Gössel u.a.,
Heidelberg 1999, S. 353
- Hirsch, Hans Joachim Rechtfertigungsfragen und Judikatur des
Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof,
Festgabe aus der Wissenschaft, hrsg. von Claus-
Wilhelm Canaris, Andreas Heldrich, Klaus J. Hopt,
Claus Roxin, Karsten Schmidt, Gunter Widmaier,
München 2000, S. 199
- Höfling, Wolfram Forum: "Sterbehilfe" zwischen Selbstbestimmung
und Integritätsschutz, JuS 2000, 111
- Honsell, Heinrich Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994
- Horn Das preußische Medizinalwesen, Bd. I
- Hübner, Ulrich Einführung in das französische Recht, 3. Auflage
Constantinesco, Vlad München 1994
- Inhester, Michael Rechtliche Konsequenzen des Einsatzes von
Bildarchivierungs- und Kommunikationssystemen
(PACS), NJW 1995, 685
- Jähnke, Burkhard Strafgesetzbuch (LK), 11. Auflage, Berlin, New York
Laufhütte, Heinrich Wilhelm 2000
Odersky, Walter
- Jähnke, Burkhard Leipziger Kommentar zum StGB 35. Lieferung: §§
Laufhütte, Heinrich Wilhelm 201-206, Berlin, New York, 2001
Odensky, Walter
- Jakobs, Günther Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin, New
York 1991

- Janssen, Andre Die Regelung der aktiven Sterbehilfe in den Niederlanden - Ein Vorum, ZRP 2001, 179
- Johannes Le Droit penal et son harmonisation dans les Communautés Europennes, Revue trimestrielle de droit europelle (RTDE), 1971
- Jürgens, Andreas Anmerkung zur Entscheidung des OLG Koblenz vom 18.01.1999, BtPrax 1999, 99
- Kamps, Hans "Der Verkauf der Patientenkartei und die ärztliche Schweigepflicht", NJW 1992, 1545
- Katzenmeier, Christian Patientenrechte in Deutschland heute, MedR 2000, 24
- Kaufmann, Arthur Euthanasie – Selbsttötung – Tötung auf Verlangen, MedR 1983, 121
- Kaufmann, Arthur Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73 (1961), 341
- Kennedy, Ian Medical Law, Text with Materials, 3. Auflage, London 2000
- Grupp, Andrew
- Kern, Bernd-Rüdiger Die ärztliche Aufklärungspflicht, Berlin u. a. 1983
- Laufs, Adolf
- Kern, Bernd-Rüdiger Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753
- Kern, Bernd-Rüdiger Verschuldensunabhängige Haftung bei Gesundheitsschäden infolge medizinischer Maßnahmen in den Neuen Bundesländern, MedR 1996, 452
- Schaefer, Thomas
- Kern, Bernd-Rüdiger Haftungsrechtliche Fragen und Probleme des ambulanten Operierens, NJW 1995, 1561

- Kienapfel, Diethelm Grundriß des österreichischen Strafrechts.
Besonderer Teil I, 4. Auflage, Wien 1997
- Kindler, Peter Einführung in das Italienische Recht, München 1993
- Kleinknecht, Theodor Strafprozessordnung, 45. Auflage, München 2001
- Meyer-Goßner, Lutz
Knieper, Judith Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des
Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen, NJW
1998, 2720
- Knieper, Judith Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt vom
15.07.1998, NJW 1998, 2720
- Koffer Does unlawful mean criminal? Reflections on the
disappearing taught/crime distinction in American
Law, Boston University Law Review 1991
- Kohte, Wolfhard Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105
- Könning-Feil, Angela Das internationale Arzthaftungsrecht, Frankfurt a.
Main 1992
- Kötz, Heinz Schadensverhütung durch ökonomische Anreize,
Schäfer, Hans-Bernd AcP 189 (1989), 501
- Kötz, Hienz Haftung für besondere Gefahr – Generalklausel für
die Gefährdungshaftung, AcP 170 (1970), 1
- Koziol, Helmut Österreichisches Haftpflichtrecht, Wien 1980
- Kramer, Wolfgang Die formularmäßige Spaltung des
Krankenhausvertrages – ein Verstoß gegen das
AGB-Gesetz?, NJW 1996, 2398
- Kranich, Christoph Patientenrechte und Patientenunterstützung in
Böcken, Jan Europa, Baden-Baden 1997

- Laufs, Adolf Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts,
NJW 1999, 1758
- Laufs, Adolf Patientenrechte, NJW 2000, 846
- Laufs, Adolf Nicht der Arzt allein muß bereit sein, das Notwendige
zu tun, NJW 2000, 1757
- Laufs, Adolf Handbuch des Arztrechts, 2. Auflage, München 1999
Uhlenbruck, Wilhelm
- Laufs, Adolf Die Entwicklung des Arztrechts 1993/1994, NJW
1994, 1562
- Laufs, Adolf AIDS - Antworten auf Rechtsfragen aus der Praxis,
Narr, Helmut MedR 1987, 282
- Laufs, Adolf Reform der Arzthaftung?, NJW 1996, 2413
- Laufs, Adolf Arzt und Recht im Umbruch der Zeit, NJW 1995,
1590
- Laufs, Adolf Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin
und das deutsche Recht, NJW 1997, 776
- Laufs, Adolf Reform der Arzthaftung?, NJW 1996, 2413
- Laufs, Adolf Die Entwicklung des Arztrechts 1979/80, NJW 1980,
1315
- Laufs, Adolf Zum Wandel des ärztlichen Berufsrechts, in:
Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, hrsg.
von Hans Joachim Faller, Paul Kirchhof, Ernst
Träger, Tübingen 1989, S. 228
- Laufs, Adolph Schädliche Geburten - und kein Ende, NJW 1998,
796
- Laufs, Rudolf Arztrecht, 5. Auflage, München 1993

- Leenen, Hemicus Jacobus The Rights of Patients in Europe, Deventer 1993
Josephus
- Gevers, J: K: M:
Pinet, Genevieve
- Leukauf, Otto Kommentar zum StGB, 3. Auflage, Eisenstadt 1992
Steininger, Herbert
- Lilie, Barbara Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht
und Persönlichkeitsrecht im deutschen und
amerikanischen Recht, Göttingen 1980
- Lilie, Hans Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte des
Patienten - Eine arztrechtliche Studie zum deutschen
und amerikanischen Recht, Frankfurt/M. 1980
- Lilie, Hans Ärztliche Dokumentationspflicht und
Informationsrechte des Patienten, in: Der Chirurg
1980, 55
- Lilie, Hans Beschlagnahme von Krankenunterlagen beim Arzt,
DÄBl. 1982, A-61
- Lilie, Hans Vertraulichkeit von Krankenakten. Einsichtsrecht,
Dokumentationspflicht, Schweigepflicht,
Datenschutz, in: Rechtsfragen in der Psychiatrie,
hrsg. vom Wohlfahrtsverband Hesse, Kassel 1984,
S. 13
- Lilie, Hans Juristische Aspekte der Lebend-Organspende,
Praxis der Nierentransplantation (III), hrsg. von F. W.
Albert, Stuttgart, New York 1989, S. 89
- Lilie, Hans Neueste Entwicklungen der Rechtsprechung zur
ärztlichen Sterbehilfe, Anm. zum Urteil des BGH vom
13.9.1994, in: Refresher Course - Aktuelles Wissen
für Anästhesisten, Nr. 21, März 1995, S. 49

- Lilie, Hans Hilfe zum Sterben, in: Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag, hrsg. von Erwin Deutsch, Ernst Kling Müller, Hans Josef Kullmann, Berlin, New York 1995, S. 273
- Lilie, Hans Organtransplantationsgesetz - Was nun? Medizin-Recht-Ethik, Rechtsphilosophische Hefte, Band VIII, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, Frankfurt/M. 1998, S. 89 ff.
- Lilie, Hans Das Transplantationsgesetz, Medizinische Wissenschaft aktuell, Juli 1998, S. 4 ff.
- Lilie, Hans Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, ZaeFQ 1999, 766
- Lilie, Hans Strafrechtliche Gesichtspunkte, in: Albrecht Wienke/Hans-Dieter Lippert, Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben - Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, Berlin u. a. 2001, S. 75
- Lilie, Hans Zur Entkriminalisierung des Arztrechts, in: K.J. Husfeldt/R. Rascke (Hrsg.), Thrombosen und Embolien, Berlin u.a. 1993, S. 209
- Lilie, Hans
Heintzen, Markus Patientendaten und Rechnungshofkontrolle, NJW 1997, 1601
- Lippert, Hans-Dieter
Strobel, Eva-Susanne Ärztliche Schweigepflicht und Datenschutz in der medizinischen Forschung, VersR 1996, 427
- Markl, Christian
Pittl, Raimund Ausgewählte Fragen der Erfüllungsgehilfenhaftung beim ärztlichen Behandlungsvertrag, ÖJZ 1997, 774
- Martines-Pereda Rodriguez La responsabilidad penal del médico y del sanitario Colex, Madrid 1990

- Maurach, Reinhard Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 8. Auflage,
Schroeder, Friedrich- Heidelberg 1995
Christian
Maiwald, Manfred
- Meyer, Maria-Katharina Reform der Heilbehandlung ohne Ende, GA 1998,
415
- Michalowski, Sabine Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter
Patienteninformationen, ZStW 109 (1997), 519
- Mittenzwei, Ingo Die Rechtsstellung des Vaters zum ungeborenen
Kind, AcP 187 (1987), 247
- Molven, O. Pasientombudsordningen-edbidrag til
rettssikkerhet og kvalitet i hevevesenet?, in: Lov og
Rett 1991, S. 195
- Müller, Egon Von der Körperverletzung zur eigenmächtigen
Heilbehandlung, DRIZ 1998, 155
- Müller-Dietz, Heinz Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung
BGH NJW 1988, 2310; JuS 1989, 280
- Müller-Freienfels, Wolfram Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt vom
15.07.1998, JZ 1998, 1123
- Nagel, Eckhard Leitlinie und Standards im Gesundheitswesen.
Fortschritt in sozialer Verantwortung oder Ende der
Therapiefreiheit, Köln 1997
- Nickel, Lars Christoph Zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des
Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen bei einer
Betreuten, MedR 1998, 520
- Ortner, Franz-Josef Die elektronische Patientenakte, MedR 1997, 137
Geis, Ivo

- Otto, Harro Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 5. Auflage, Berlin, New York 1998
- Otto, Harro Die strafrechtliche Problematik der Sterbehilfe, Jura 1999, 434
- Paehler, Hans H. Zur Zulässigkeit des Sterbenlassens, BtPrax, 2000, 21
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, München
Bassenge, Peter 2001
- Paulus, Gotthard Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973
- Penneau, Jean La Responsabilité du Médecin, 2. ed., Paris 1996
- Peter, Jürgen Das Recht auf Einsicht in Krankenunterlagen, Köln u.a. 1989
- Peters, Thomas Alexander Der strafrechtliche Arzthaftungsprozess, Sinzheim 2000
- Pfeiffer, Gerd Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Auflage, München 1999
- Pflüger, Frank Patientenaufklärung über Behandlungsqualität und Versorgungsstrukturen – Erweiterte Haftungsrisiken für Arzt und Krankenhaus, MedR 2000, 6
- Picher, Eduard Menschenrettung durch Menschennutzung?, JZ 2000, 693
- Pichler, Johannes W. Internationale Entwicklungen in den Patientenrechten, Wien 1992

- Pichler, Johannes W. Rechtsentwicklung zu einer
verschuldensunabhängigen Entschädigung im
Medizinbereich, Band 1, Wien 1992
- Preißer, Reinhold Rahmenbedingungen für eine verbesserte sektorale
Verzahnung, MedR 1999, 506
- Radau, Hans J. Ersetzung der Arzthaftung durch
Versicherungsschutz: Eine Untersuchung am
Beispiel der Patientenunfallversicherung in
Schweden, Karlsruhe 1993
- Ratajczak, Thomas Nochmals: Ein gefährlicher Beruf: Strafverfahren
gegen Ärzte, MedR 1988, S. 80 ff.
- Ratzel, Rudolf Leitlinien, Richtlinien, Standards, Der Chirurg, 2000,
29
- Rebmann, Kurt
Säcker, Franz Jürgen Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
in sieben Bänden, 3. Auflage, München 1994
- Rehborn, Martin Passive Sterbehilfe und Patiententestament, MDR
1998, 1464
- Rehborn, Martin Arzt, Patient, Krankenhaus, 3. Auflage, München
2000
- Rengier, Rudolf Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Auflage, München
2000
- Reuter, Birgit Die gesetzliche Regelung der aktiven ärztlichen
Sterbehilfe des Königreichs der Niederlande - ein
Modell für die Bundesrepublik Deutschland?,
Frankfurt/M., Berlin, Bern, Bruxelles, New York,
Oxford, Wien 2001

- Romeo-Casabona
Plasencia-Hernandez
Sola-Reche
Rönnau, Thomas
Roßner, Hans-Jürgen
Roxin, Claus
Roxin, Claus
Roxin, Claus
Rudolphi, H. J.
Rudolphi, Hans-Joachim
Horn, Eckard
Samson, Erich
Rumler-Detzel, Pia
Rummel, Peter
Reischauer, Rudolf
- Medical Law - Spain, in: International Enzyklopaedia of Laws, 1994, Suppl. 3 (July 1994), S. 68
Rechtsprechung Klassiker, JA 1996, 108
Verzicht des Patienten auf eine Aufklärung durch den Arzt, NJW 1990, 2291
Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 2. Auflage, München 1994
Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NStZ 1987, 345
Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 08.05.1991, NStZ 1992, 35
Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg vom 19.11.1974, JR 1975, 512
Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, 6. Auflage, Neuwied, Krieffel 1999
Budgetierung-Rationalisierung-Rationierung-Einflüsse auf die medizinische Leistungsfähigkeit oder Sicherung des medizinischen Standards?, VersR 1998, 546
Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, 2. Auflage, Wien, Mainz 1992

- Sachverständigenrat für die Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung
Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen
2000 - Eigenverantwortung, Subsidiarität und Solidarität bei sich ändernden Rahmenbedingungen - Sachstandsbericht 1994, Baden-Baden 1994
- Sachverständigenrat für die Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung
Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen
Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, Jahresgutachten 2000/2001, BT-Drucks. 14/5660, S. 1
- Sagel-Grande, Irene
Rechtliche Regelung der Euthanasie in den Niederlanden, ZStW 111 (1999), 742
- Saliger, Frank
Sterbehilfe mit staatlicher Genehmigung - OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, 2747, in: JuS 1999, 16
- Saliger, Frank
Sterbehilfe nach Verfahren Betreuungs- und strafrechtliche Überlegungen im Anschluß an BGHSt 40, 257, KritV 1998, 118
- Salmond, John Williams
Heuston, R. F. V.
Salmond and Heuston on the law of torts, 18. Auflage, London 1981
- Sauter, Fritz
Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, Breslau, 1910, Frankfurt a. M. 1977
- Schaffstein, Friedrich
Soziale Adaequanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), 369
- Schmidhäuser, Eberhard
Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 1975
- Schmidt, Eberhardt
Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses
- Schmidt, Eberhardt
Berufsgeheimnis und Steuerrecht, JZ 1951, 212
- Schmidt, Eberhardt
Ärztliche Schweigepflicht im Bereiche der Sozialgerichtsbarkeit, NJW 1962, 1742

- Schmitt, Rudolf Der Arzt und sein lebensmüder Patient, JZ 1984, 866
- Schneider, Günther Patientenrechte, MedR 2000, 497
- Schöch, Heinz Die erste Entscheidung des BGH zur sogenannten indirekten Sterbehilfe, NStZ 1997, 409
- Schöch, Heinz Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen - zugleich eine Besprechung der Sterbehilfeentscheidung des BGH vom 13.04.1994, NStZ 1995, 153
- Schöch, Heinz Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen, NStZ 1995, 153
- Schöch, Heinz Die erste Entscheidung des BGH zur sog. indirekten Sterbehilfe, NStZ 1997, 409
- Scholten, Hans-Joseph Die niederländische Regelung der Sterbehilfe - ein Modell für Deutschland?, BtPrax 2001, 231
- Schönke, Adolf Strafgesetzbuch, 26. Auflage, München 2001
- Schröder, Horst
- Schramm, Stephan Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, Göttingen 1992
- Schreiber, Hans-Ludwig Zur Reform des Arztstrafrechts, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, hrsg. von Thomas Weigend, Georg Küppker, Berlin, New York 1999, S. 713
- Schreiber, Hans-Ludwig Strafrecht der Medizin, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris, Andreas Heldrich, Klaus J. Hopt, Claus Roxin, Karsten Schmidt, Gunter Widmaier, München 2000, S. 503

- Schreiber, Hans-Ludwig Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?, in: Adolf Laufs/Christian Dierks/Albrecht Wienke/Toni Graf-Baumann/Günther Hirsch (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, Berlin u.a. 1997, S. 341
- Schreiber, Hans-Ludwig Ein neuer Entwurf für eine Richtlinie der Bundesärztekammer zur Sterbehilfe, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans-Jürgen Ahrens, Christian von Bar, Gerfried Fischer, Andreas Spickhoff, Jochen Taupitz, Köln u. a., 1999, S. 773
- Schroeder, Friedrich-Christian Besondere Strafvorschriften gegen eigenmächtige oder fehlerhafte Heilbehandlung?, Passau 1998
- Schultz, Michael Aufhebung von Garantenstellungen und Beteiligung durch Unterlassen - BGH, NJW 1984, 2639, JuS 1985, 270
- Schwalm, Georg Zum Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers, in: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, hrsg. von Arthur Kaufmann, Günter Bemann, Detlef Krauss, Klaus Volk, München 1979, S. 539
- Seitz, Walter Das OLG Frankfurt a. M. und die Sterbehilfe, ZRP 1998, 417
- Sowada, Christoph Strafbares Unterlassen des behandelnden Arztes, der seinen Patienten nach einem Selbstmordversuch bewußtlos auffindet?, Jura 1985, 75
- Soyer, Jean-Claude Droit Penal et Procedure Penale, 9. Auflage, Paris 1992
- Spann, Wolfgang Das "Patiententestament", MedR 1983, 13

- Spickhoff, Andrea Erfolgszurechnung und Pflicht zum Bruch der Schweigepflicht, NJW 2000, 848
- Spickhoff, Andreas Erfolgszurechnung und "Pflicht zum Bruch der Schweigepflicht", NJW 2000, 848
- Stalinski, Dirk R. Gerichtlich genehmigte Sterbehilfe, BtPrax 1999, 86
- Stark, Emil W. Entschädigungsrecht am Scheideweg – Haftpflichtrecht mit Haftpflichtversicherung oder Personen- und Schadenversicherung, VersR 1981, 1
- Steffen, Erich Der "verständige Patient" aus der Sicht des Juristen, MedR 1983, 88
- Steffen, Erich
Dressler, Rolf-Dieter Arzthaftungsrecht. Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 8. Auflage, Köln 1999
- Steffen, Erich Einfluß verminderter Ressourcen und von Finanzierungsgrenzen aus dem Gesundheitsstrukturnetz auf die Arzthaftung, MedR 1995, 190
- Stratenwerth, Günter Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2000
- Stürner, Rolph Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben – Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur?, JZ 1998, 317
- Tag, Brigitte Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis; Eine arztstrafrechtliche Untersuchung, Berlin, Heidelberg 2000
- Taschner, Hans Claudius
Frietsch, Edwin Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie : Kommentar, 2. Auflage, München 1990

- Taupitz, Jochen
Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, 2000
- Taupitz, Jochen
Prozessuale Folgen der vorzeitigen Vernichtung von Krankenunterlagen, ZZP 100 (1987), 287
- Taupitz, Jochen
Fröhlich, Uwe
Medizinische Forschung mit nichteinwilligungsfähigen Personen, VersR 1997, 911
- Taupitz, Jochen
Die Bedeutung des Patientenschweigens für die verschwiegene Gemeinschaft von Arzt und Inkassobüro
- Taupitz, Jochen
Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10.07.1991 - zur Gültigkeit der Abhebung ärztlicher Honorarforderungen an eine gesetzliche Verrechnungsstelle, MedR 1991, 330
- Taupitz, Jochen
Die ärztliche Schweigepflicht in der aktuellen Rechtsprechung des BGH, MDR 1992, 421
- Tettinger, Peter J.
Schutz des werdenden Lebens in Deutschland, in: Festschrift für Knut Ipsen zum 65. Geburtstag, hrsg. von Volker Epping, Horst Fischer, Wolff Heintschel von Heinegg, München 2000, S. 767
- Thornstedt
Greve
Scandinavian Studies in Law, Stockholm 1981
- Tolmein, Oliver
Tödliches Mitleid - Kritische Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes im "Kemptener Fall" (NJW 1995, 204)

- Verrel, Torsten Zivilrechtliche Vorsorge ist besser als strafrechtliche Kontrolle, MedR 1999, 547
- Verrel, Torsten Der BGH legt nach - Zulässigkeit der indirekten Sterbehilfe, MedR 1997, 248
- Vogels, Tim O. Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt a. M. vom 8.7.1999, MDR 1999, 1444
- Vogels, Tim O. Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt/M. vom 08.07.1999, 1445
- Waaben, Knut Straffenrettens speciale del., Kopenhagen 1983
- Weber, Ralph
Vogt-Weber, Beate Computerprognose - Ärztliche Entscheidung zwischen Statistik und Intuition, MedR 1999, 204
- Weber, Reinhold Muß im Arzthaftungsprozeß der Arzt seine Schuldlosigkeit beweisen?, NJW 1997, 761
- Wehkamp, Karl-H. Sterben und Töten. Euthanasie aus Sicht deutscher Ärztinnen und Ärzte. Ergebnisse einer empirischen Studie vom Herbst 1996, Dortmund 1998
- Welzel, Hans Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969
- Wessels, Johannes Strafrecht, Besonderer Teil 1, 21. Auflage, Heidelberg 1997
- Wessels, Johannes
Hettinger, Michael Strafrecht, Besonderer Teil 1, 24. Auflage, Heidelberg 2000
- Westerhäll, Lotta
Philipps, Charles Patient's Rights, informed consent, access and equality, Stockholm 1994
- Westphalen, Friedrich von Produkthaftungshandbuch, München 1989
- Weyers, Hans-Leo Verhandlungen des 52. Juristentages, Wiesbaden 1978

- | | |
|---------------------------------------|--|
| Wienke, Albrecht
Sauerborn, Jürgen | EDV-gestützte Patientendokumentation und
Datenschutz in der Arztpraxis, MedR 2000, 517 |
| Zielinski, D. | Behandlungsabbruch bei entscheidungsunfähigen
Patienten, ArztR 1995, 188 |
| Zöller, Mark Alexander | Passive Sterbehilfe zwischen
Selbstbestimmungsrecht des Patienten und
mutmaßlicher Einwilligung, ZRP 1999, 317-319 |
| Zweigert, Konrad
Kötz, Hein | Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem
Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage Tübingen 1996 |

Rechtsgutachten
„Ansätze für eine Stärkung der Patientenrechte im
deutschen Recht –
Bestandsaufnahme und Handlungsperspektiven“

Zweite überarbeitete Fassung - Stand März 2002

Erster Teil: Allgemeine Einführung

A. Anlaß und Fragestellung der Untersuchung

I. Anlaß der Untersuchung

Bereits seit Beginn der 90er Jahre beschäftigt die Frage der Patientenrechte die zahlreichen Institutionen, Gremien und Verbände des Gesundheitswesens auf nationaler wie auf internationaler Ebene. So hat der Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen in seinem Jahresgutachten 1992 eine spezielle Definition von Patientenrechten im Rahmen der allgemein anerkannten Menschenrechte für erforderlich gehalten, da der Patient, der idealtypisch im Mittelpunkt des für ihn unterhaltenen Gesundheitswesens steht, sich durch sein Kranksein in einer Position der Schwäche und Abhängigkeit befinde und daher eines besonderen Schutzes bedürfe. Dabei wurde zugleich darauf hingewiesen, daß es nicht in erster Linie der Begründung neuer oder der wesentlichen Erweiterung vorhandener Patientenrechte bedürfe. Vielmehr bestehe eine erste Handlungsanforderung darin, die zumeist in der Judikatur verborgenen existenten Rechte kenntlich und zugänglich zu machen. Eine – in erster Linie - deklaratorische Patientenrechtscharta sei deshalb anzustreben.

In den Folgejahren wurden gleichgerichtete Forderungen und Projekte von einer Vielzahl weiterer Institutionen formuliert. Zu erwähnen sind insbesondere die 1994 vom WHO-Regionalbüro für Europa vorgelegten Prinzipien zur Stärkung von Patientenrechten, die als Orientierungshilfe unter dem Titel „A Declaration on the Promotion of Patients´ Rights in Europe“ von den 36 Teilnehmerstaaten verabschiedet wurden. Die 70. Gesundheitsministerkonferenz am 20./21.11.1997 in Saarbrücken hat die Einrichtung einer Arbeitsgruppe mit dem Ziel beschlossen, eine Patientencharta vorzulegen. Die Bundesärztekammer hat am 30.09.1999 den Entwurf einer „Charta der Patientenrechte“ präsentiert.

Die Gründe für das zunehmende Interesse an der Thematik sowie die Forderung nach entsprechenden Maßnahmen auch des Gesetzgebers sind vielfältig. Folgende Aspekte können ohne Anspruch auf eine abschließende Wertung und Vollständigkeit hervorgehoben werden:

- Übergang von paternalistischen zum aufgeklärten Arzt-Patient-Verhältnis
- Allgemeine Steigerung der Sensibilität für die rechtlichen und ethischen Anforderungen an – auch heilende - Eingriffe in die körperliche Sphäre sowie im Umgang mit personenbezogenen Daten
- Wandlungen bzw. Unsicherheiten des gesellschaftlichen Konsenses über die Entscheidungskriterien in Grenzfällen (wie ivF, Schwangerschaftsabbruch, Embryonenforschung, Präimplantationsdiagnostik, Gentechnologie, Sterbehilfe, Transplantation)
- Entwicklung neuer, mit zahlreichen nicht restlos erforschten Risiken verbundenen Behandlungsmethoden
- Zunehmende Komplexität des Gesundheitswesens mit hoher Arbeits- und Verantwortungsteilung und erheblicher Technisierung
- Probleme im Bereich der Finanzierung des Gesundheitswesens mit gerade für den Patienten undurchsichtigen Strukturen der Kostensteuerung und Risikoverteilung
- Überwiegende Verankerung von Patientenrechten in der richterlichen Rechtsfortbildung mit der Folge, daß es an formulierten, einsehbaren Rechtstexten fehlt und eine Orientierung für den einzelnen – Arzt wie Patienten – schwierig ist
- Zunehmende Europäisierung des Gesundheitswesens und seiner rechtlichen Rahmenbedingungen

Da diese Entwicklungen weitgehend unkoordiniert nebeneinander ablaufen und in nicht wenigen Fällen auch gegenläufig sind, erscheint es als wenig sinnvoll und verantwortlich, weiterhin nur auf die Ergebnisse der richterlichen Rechtsfortbildung, sowie die Aktivitäten einzelner Institutionen zu vertrauen. Vielmehr spricht vieles dafür, daß der Staat von seiner Rahmenverantwortung, die ihm für das Gesundheitswesen und die einzelnen Patienten und damit letztlich der Volksgesundheit zukommt, Gebrauch macht. Damit ist weder ein bestimmtes Ziel noch eine bestimmte Form der Wahrnehmung dieser Verantwortung vorab festgelegt. Vielmehr ist diese Verantwortung in einem ersten Schritt durch eine gründliche Analyse und Positionsbestimmung wahrzunehmen. Die Arbeit der Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ ist der erste Schritt dazu.

II. Fragestellung der Untersuchung

Im Rahmen des in Auftrag gegebenen Gutachtens sollen insbesondere folgende Themenkreise behandelt werden:

Aus dem Bereich des **Privatrechts**:

- Information des Patienten (= Einwilligung und Aufklärung) – Voraussetzungen und rechtliche Sanktionen
- Behandlungsfehler einschließlich Beweislast
- Verantwortung und Haftung im Hinblick auf Personen, Geräte und Produktverwendung im Rahmen eines arbeitsteiligen Behandlungsvorgangs
- Medizinische Versuche

Aus dem Bereich des **Strafrechts**:

- Informationsrechte des Patienten im Zusammenhang mit Aufklärung und Einwilligung
- Sorgfaltsmaßstäbe bei der Aufklärung
- Dokumentationspflichten und Vertraulichkeit
- Rechte des Patienten im Schadensfall

Aus dem Bereich des **öffentlichen Rechts**:

- verfassungsrechtliche Rahmenvorgaben zu den vorstehenden Bereichen aus der Sicht der Grundrechte des Patienten und der behandelnden Ärzte sowie der sonstigen Leistungserbringer
- verfassungsrechtliche Kriterien der Verteilung und Zuteilung knapper Ressourcen
- Verankerung von Patientenrechten im Sozialrecht (i.w.S.) unter Einbeziehung institutioneller Formen der Patientenunterstützung und Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen.

B. Begriffsklärungen

Eine den Patientenrechte gewidmete Untersuchung ist aus vielen Gründen auf eine möglichst genaue und differenzierte Klärung der zentralen Begriffe angewiesen.¹ Im

¹ Erstaunlicherweise gehen die meisten Untersuchungen und Textvorschläge auf den Begriff des Patienten nicht ausdrücklich ein. Vielmehr werden einige allgemeine Rechte, wie das Recht auf medizinische Versorgung, als

Rahmen der Einleitung kann dies indes nur unter dem Vorbehalt der Korrektur durch die im Laufe der Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse geschehen. Die nachstehenden Begriffsklärungen dienen deshalb vor allem der sprachlichen Klärung und Differenzierung. Sie bieten zudem die Gelegenheit, vor dem Einstieg in die einzelnen Problemzusammenhänge allgemein auf eine Reihe von Systematisierungen und Differenzierungen hinzuweisen, die prägend für die weiteren Überlegungen sind.

I. Patient

Der für die Untersuchung zentrale Begriff des Patienten kann in einem engeren und in einem weiteren Sinne verstanden werden:

a) Patient im engeren, formalen Sinne

Unter einem Patienten im engeren, formalen Sinne ist ein Mensch² zu verstehen, der in einem medizinischen bzw. ärztlichen Behandlungsverhältnis steht und dabei Leistungen des Medizin- und Gesundheitssystems³ in Anspruch nimmt.

b) Patient im weiteren Sinne

Patient im weiteren Sinne ist ein Mensch, der vor oder außerhalb eines konkreten bzw. aktuellen Behandlungsverhältnisses Leistungen des Gesundheitssystems in Anspruch nimmt, wobei Beratungs- und Informationsleistungen eingeschlossen sind.

c) Patient – Kranker – Gesunder

Der enge und weite Patientenbegriff stehen in einem ambivalenten Verhältnis zu den Begriffen Kranker und Gesunder. Nicht jeder, der sich in einem ärztlichen Behandlungsverhältnis befindet, ist ein Kranker. Beispiele dafür sind Routine- und Vorsorgeuntersuchungen, Schwangerschaftsabbruch und in-vitro-Fertilisation, Organspende,

Jedermann-Recht ausgestaltet und im übrigen ein enger, an ein Behandlungsverhältnis anknüpfender Patientenbegriff verwendet, ohne daß dies erörtert bzw. begründet wird.

² Die Frage, inwieweit auch Embryonen intra und extra utero als Patienten zu qualifizieren sind, ist u.a. eine verfassungsrechtliche Frage, auf die später näher eingegangen wird.

³ Zu deren Definition siehe unter VI.

aber auch eine Reihe von Eingriffen der plastischen Chirurgie. Der Patient im engeren Sinne schließt deshalb auch den Gesunden ein bzw. auch gesunde Menschen können Patienten im engeren Sinne sein. Das gleiche gilt für den Patienten im weiteren Sinne. Beratungs- und Informationsleistungen können von Gesunden und Kranken in Anspruch genommen werden. Diese Differenzierung ist in mehrfacher Hinsicht für die rechtliche Qualifizierung des Status von Patienten von Bedeutung.

II. Patientenrechte

1. Anknüpfung an den Patientenbegriff und sachliche Bezugspunkte

Wenn von Patientenrechten gesprochen wird, so knüpft man dabei durchweg an ein sehr weites Verständnis vom Patienten an, das sowohl den engen als auch den weiten Patientenbegriff einschließt. Während in Deutschland vor allem bei den älteren Untersuchungen in erster Linie an das Behandlungsverhältnis und damit an den engen Patientenbegriff angeknüpft wurde⁴, beziehen sich neuere Untersuchungen und Projekte auch auf die Stellung und Interessen des Patienten im weiteren Sinne.⁵

Patientenrechte haben mehrere zu unterscheidende sachliche Bezugspunkte.⁶ Zum einen sollen sie die Sicherheit und Qualität der medizinischen Versorgung des Patienten gewährleisten. Zum anderen betreffen sie den Schutz der Autonomie und der Selbstbestimmung des Patienten in der medizinischen Behandlung. Schließlich können sie die Stellung des Patienten im politischen System stärken. Man kann insoweit von vier Bezugspunkten und Zielen sprechen:

- Integritätsschutz (im weiteren, finalen Sinne der Achtung und Wiederherstellung körperlicher Integrität und Funktionsfähigkeit, d.h. Gesundheit)
- Qualitätssicherung (als unerläßliche Ergänzung des Integritätsschutzes)
- Autonomieschutz (bezogen auf das Individuum als Privatsubjekt)
- Stärkung der (politischen) Partizipation (bezogen das Individuum als Bürger)

⁴ Patientenrechte nur als Kehrseite von Arzt- und Personalpflichten.

⁵ Ähnlich Welge/Lindemann, in: Kranich/Böcken (Hrsg.), Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa, 1997, S. 104. Einen guten Überblick zur Entwicklung der Rechtsetzung und Diskussion findet man bei Hanika, MedR 1999, 149 ff. sowie in den Sammelbänden Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, 1999 und Kranich/Böcken, a.a.O.

2. Materielle und formelle Patientenrechte

Von großer praktischer und theoretischer Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Patientenrechten. Unter materiellen Patientenrechten sollen hier solche verstanden werden, die sich auf den Inhalt eines Behandlungsvertrages, d.h. alle Aspekte der Leistungserbringung und Behandlung im weiteren Sinne beziehen. Sie werden vornehmlich durch das Zivil- und Strafrecht thematisiert, sind aber zum Teil auch Gegenstand des Sozial(versicherungs)rechts. Es handelt sich dabei um individuelle, d.h. dem einzelnen Patienten zustehende Rechte.

Mit dem Begriff formelle Patientenrechte sollen hier Rechte bezeichnet werden, die den Patienten das Recht auf Inanspruchnahme von individueller oder institutioneller Unterstützung geben, wie z.B. das Recht zur Anrufung einer Schlichtungsstelle oder Inanspruchnahme einer Patientenberatung. Auch diese Rechte sind in der Regel als individuelle Rechte ausgestaltet.

3. Individuelle und kollektive Patientenrechte

Die angesprochenen materiellen und formellen Patientenrechte sind in der Regel als individuelle Rechtspositionen ausgestaltet, stehen also dem einzelnen Patienten zu. Darüber hinaus entwickeln sich aber zunehmend auch kollektive Patientenrechte, bei denen es um die Wahrnehmung von Gruppeninteressen in institutioneller Form, etwa der Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen oder zur Qualitätssicherung geht. In diesem Zusammenhang erfährt der Begriff der Patientenrechte eine erhebliche Ausdehnung und Erweiterung. Besser erscheint es deshalb, bei der Begründung von kollektiven Patientenrechten von der Förderung oder dem institutionellen Schutz von Patienteninteressen zu sprechen.

⁶ Siehe auch Welge/Lindemann, (Fn. 5), S. 104.

III. Patienteninteressen

Der weite Begriff der Patienteninteressen schließt die Patientenrechte ein, geht aber über diese hinaus und bezieht vor allem das Gesamtinteresse und institutionelle Aspekte mit ein, wie die Qualitätssicherung und die Wirtschaftlichkeit im Gesundheitssystem. Es handelt sich dabei um Faktoren, die mittelbar für die Patienten und die Wahrnehmung ihrer Rechte von Bedeutung sind.

IV. Bürgerbeteiligung

Mit der Orientierung an den Patienteninteressen korrespondiert als institutionelle Form ihrer Berücksichtigung die Bürgerbeteiligung im bzw. am Gesundheitswesen.⁷ Dabei geht es um die Wahrnehmung von Gruppeninteressen (den Patienteninteressen) durch Repräsentanten innerhalb des Gesundheitssystems, sowie der allgemeinen staatlichen Strukturen (Parlamente, Ministerien, Behörden, Einrichtungen des Gesundheitswesens). Als Beispiel können die Landes- und kommunalen Gesundheitskonferenzen in Nordrhein-Westfalen angeführt werden.⁸

V. Patientenpflichten und Individualverantwortung

Als Komplementärbegriff zu den Patientenrechten fungiert der Begriff der Patientenpflichten. Er ist jüngerer Datums und bezieht sich auf einzelne Verhaltens-, insbesondere Mitwirkungspflichten, die den Patienten (im weiteren Sinne) vor allem in Anknüpfung an ihren Status als Versicherte auferlegt werden. Exemplarisch sei an dieser Stelle zur Veranschaulichung auf einige Regelungen des SGB V verwiesen, die die Eigenverantwortung der Versicherten für ihre Gesundheit (§ 1 S. 2 SGB V) und ihre Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeit (§ 2 Abs. 4 i.V.m. § 12 SGB V) betreffen.

⁷

Siehe dazu etwa Badura/Hart/Schellschmidt, Bürgerorientierung des Gesundheitswesens, 1999.

⁸

Siehe dazu Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst vom 25.11.1997, GV NW S. 430; kritisch dazu Wimmer, DVBl. 2000, 27 ff.

VI. Medizin- und Gesundheitssystem

Den institutionellen Rahmen, innerhalb dessen Patientenrechte in erster Linie zu gewährleisten sind, bilden das Medizin- und das Gesundheitssystem. Dabei wird unter Medizinsystem der Gesamtbereich der Organisation medizinischer Versorgung von Patienten i.w.S. durch Ärzte und Pflegepersonen bei der Behandlung von Erkrankungen verstanden.⁹ Hier steht die Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen Krankenbehandlung im Vordergrund.

Unter Gesundheitssystem wird der Gesamtbereich der Organisation gesundheitlicher Versorgung durch Ärzteschaft, Krankenkassen und Gesundheitspolitik verstanden.¹⁰ Hier steht die Sicherung von Qualität, Effektivität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung im Vordergrund.

C. Die Sonderstellung der Patientenrechte unter den Verbraucherrechten

I. Patientenrechte als besonderer Fall von Verbraucherrechten

Patientenrechte können aus einer allgemeinen, rechtssystematischen Perspektive den Verbraucherrechten zugeordnet werden. Diese sind dadurch gekennzeichnet, daß von einem Bürger die geldwerte Sach- oder Dienstleistung eines professionellen Leistungserbringers in Anspruch genommen wird.

Verbraucherrechte sind in Deutschland teilweise im Zusammenhang mit einzelnen Rechtsgeschäften ausgestaltet, z.T. aber auch in Sonderregelungen verbürgt. Kennzeichnend für Verbraucherrechte und Verbraucherschutz sind die Sicherung von informationellem und strukturellem Gleichgewicht. Dabei wird von der Annahme ausgegangen, daß die professionellen Dienstleister und Produzenten dem Verbraucher strukturell überlegen sind, so daß es von staatlicher Seite eines normativen Ausgleichs bedarf. Leitgedanke des Verbraucherschutzrechts ist der „Schutz des

⁹ Hart, in: Francke/Hart, Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen, unveröffentlichtes Rechtsgutachten, Band 2, Typoskript S. 210 (211).

Schwächeren“, der verfassungsrechtlich im Sozialstaatsprinzip verankert ist.

II. Besonderheiten der Patientenrechte

1. Besonderheiten des Leistungsgegenstandes

Das Verbraucherschutzrecht beschäftigt sich in der Regel mit Sach- und Dienstleistungen, die den Kauf von beweglichen und unbeweglichen Sachen betreffen.

Im Falle der Inanspruchnahme einer medizinischen Dienstleistung steht demgegenüber die Gesundheit bzw. das Leben des Patienten im Mittelpunkt. Das bedeutet vor allem, daß Mängel bei der Erbringung der Dienstleistung im Hinblick auf ihre Tragweite weitaus höher einzustufen sind, als dies bei sonstigen Dienstleistungen der Fall ist.

2. Besonderheiten der Leistungserbringung

Neben diesen, aus dem Leistungsgegenstand resultierenden Besonderheiten, sind weitere weitreichende Besonderheiten zu konstatieren, die sich auf die Umstände der Leistungserbringung beziehen bzw. daraus resultieren. Im einzelnen sind folgende Aspekte hervorzuheben:

a) Krankheitsbedingte Beschränkung der Fähigkeit zur Interessenwahrnehmung

Wegen der unterschiedlich schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit der Patienten im Hinblick auf die Lagebeurteilung und Wahrnehmung eigener Interessen ist die Leistungserbringung gegenüber Patienten anderen Rahmenbedingungen unterworfen als im normalen Wirtschaftsverkehr.

b) Prozeßhafter Charakter der Leistungsbeziehung

In vielen Fällen, besonders wenn es um eine stationäre Behandlung in einem

¹⁰ Hart, (Fn. 10), S. 212.

Krankenhaus geht, ist eine zum Teil langwierige und komplexe Leistungserbringung durch eine Vielzahl von Beteiligten und ein Bündel von Leistungen und Leistenden zu konstatieren.

3. Besonderheiten der Rahmenbedingungen

Eine weitere Besonderheit stellt die Eingebundenheit der Erbringung von medizinischen Dienstleistungen in ein komplexes Gesundheitssystem, das durch die Vielzahl der Ansprech- und Vertragspartner, eine teilweise fehlende oder zumindest schwierige Koordination sowie – verstärkt durch die Bemühungen um Kostensenkung – die Überlagerung der individuellen Leistungserbringung durch ökonomische Interessen, die nicht direkt mit der Leistungsbeziehung in Verbindung stehen.

III. Schlußfolgerungen

Diese Überlegungen zeigen, daß die Gewährleistung von Patientenrechten zwar unter den gleichen allgemeinen Ziel- und Rahmenvorgaben wie die Gewährleistung von sonstigen Verbraucherrechten steht, daß die Unterschiede bei näherer Betrachtung im Hinblick auf den Leistungsgegenstand, die Leistungsbeziehung und die Rahmenbedingungen so gewichtig sind, daß es der Herausarbeitung eigenständiger Kriterien und rechtlicher Gewährleistungen bedarf.

D. Konzeptionen und „Philosophien“ der Patientenrechte

I. Vielschichtigkeit von Patientenrechten

Bereits die nur an den äußeren Erscheinungsformen anknüpfende Begriffsklärung hat gezeigt, daß es in den verschiedenen Rechtsordnungen unter den Oberbegriff Patientenrechte ganz unterschiedliche Typen von Rechten und Gewährleistungen

subsumiert werden. Es handelt sich dabei nicht um bloße Zufälle oder Eigenarten der jeweiligen Rechtsordnung. Vielmehr kommt darin zum Ausdruck, daß mit der Gewährung von Patientenrechten ganz unterschiedliche Ziele und Zwecke verfolgt werden können. Man spricht insoweit auch von den „Philosophien“ der Patientenrechte.¹¹ Die wichtigsten praktizierten und diskutierten Konzeptionen sollen hier vorab vorgestellt werden, damit der Verständnishorizont für die späteren Einzeldarstellung geschaffen und das Aktionsspektrum des Gesetzgeber besser ausgeleuchtet wird.

Wenn davon gesprochen wird, daß unterschiedliche Konzeptionen von Patientenrechten für die Erreichung unterschiedlicher Zwecke eingesetzt werden können, so ist dies nur eine Seite eines bestehenden Wirkungszusammenhangs. Hinzu kommen muß die Einsicht, daß sich auch unabhängig von übergreifenden Zielsetzungen des Gesetzgebers Erweiterungen und Veränderungen von Patientenrechten auf das bestehende System wegen bestehender Interdependenzen auswirken, auf die deshalb auch hinzuweisen ist¹² und die der Gesetzgeber ebenfalls kennen und berücksichtigen muß. Zur Veranschaulichung sei an dieser Stelle nur darauf hingewiesen, das in den Vereinigten Staaten die strengen und weitreichenden Anforderungen des Haftungsrechts dazu geführt haben, daß sehr hohe Investitionen in die apparative Ausstattung und finanzielle Absicherung der Ärzte notwendig wurden, was wiederum die Kosten für das Gesundheitssystem in die Höhe getrieben hat, so daß die USA weltweit das teuerste Gesundheitssystem besitzen.¹³

II. Ziele der Einräumung von Patientenrechten

Die Einräumung von Patientenrechten kann im einzelnen folgenden Zielen dienen:

1. Gewährleistung von Individualrechten

Patientenrechte können der Gewährleistung von Individualrechten, insbesondere von materiellen Individualrechten dienen. Dies ist der klassische und in Deutschland

¹¹ Pichler, Internationale Entwicklung der Patientenrechte, 1992, S. 55 ff.

¹² Dazu näher unter E).

¹³ Siehe dazu nur Baur/Heimer/Wieseler, in: Böcken/Butzlaff/Esche (Hrsg.), Reformen im Gesundheitswesen, 2. Aufl. 2001, S. 23 (114 f.; 121 f.).

bislang vorherrschende Typ von Patientenrechten. Es geht dabei zum einen um die – weit verstandene – Wahrung der Patientenautonomie durch Information, Einwilligung und Wahlrechte, zum anderen um die Stärkung des Integritätsinteresses durch Qualitätssicherung und Schadensersatz.

2. Qualitäts- und Effizienzsteigerung

Patientenrechte können weiterhin der Steigerung der Qualität und Effizienz des Gesundheitssystems dienen. Dabei sind zwei Spielarten zu unterscheiden.

a) Qualitäts- und Effizienzsteigerung durch Individualrechte

Bei dieser Konzeption können durch die Einforderung der Beachtung von Sorgfaltsstandards über das Schadensrecht oder die Pflicht zur Information über alternative Behandlungsmethoden Impulse für Qualitätsverbesserungen ausgelöst werden. Auch die Einführung von Beratungs- und Beschwerdemöglichkeiten, die Einholung von Zweitvoten usw. können in diesem Sinne genutzt werden.

Hinter dieser Konzeption verbirgt sich ein Gedanke, der auch in anderen Bereichen der Rechtsordnung zur Anwendung kommt und z.B. im Bereich des europäischen Gemeinschaftsrechts mit der Formel die „Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts“¹⁴ gekennzeichnet wird. Dem Bürger werden in diesem Fall Rechte zur selbständigen Geltendmachung zugewiesen, die zugleich im Interesse des Gesamtsystems die Beachtung von normativen Vorgaben fördern sollen. Damit wird auf die Defizite bzw. begrenzte Wirksamkeit herkömmlicher institutioneller Kontrollmechanismen wie der klassischen Staatsaufsicht reagiert.

b) Qualitäts- und Effizienzsteigerung durch Standards und institutionelle Kontrolle

Das Interesse der Patienten an der Einhaltung von Qualitätsstandards und Effizienz des Gesundheitssystems (das letztlich wegen der Finanzierung des Gesundheitssystems durch die Patienten als Steuer- oder Beitragsschuldner besteht) kann auch durch die Einführung von Standards gefördert werden, deren Beachtung institutionell

¹⁴ Dazu ausführlich Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997. Ein Beispiel für diese Vorgehensweise stellt das Umweltinformationsgesetz dar, das seinerseits auf einer EU-Richtlinie basiert.

durch Berichtspflichten, Benchmarking und ähnliche Anreizsysteme gefördert wird. Eine Zwischenform stellt etwa die Einrichtung von Beschwerdestellen dar, denen nicht nur die Aufgabe der individuellen Beratung und ggfs. des Rechtsbeistandes, sondern auch der Qualitätssicherung zukommt.

3. Demokratisierung und Stärkung von Bürgerrechten

Ein dritter Ansatz für die Gewährung von Patientenrechten findet seine Grundlage in dem Gedanken der Demokratisierung (i.w.S.) des Gesundheitswesens und der Stärkung von Bürgerrechten. Auf diese Weise soll der Bürger in Grundentscheidungen im Bereich des Gesundheitswesens stärker eingebunden werden, wobei nicht immer klar wird, ob es dabei um eine echte institutionelle Legitimation, die Einbeziehung von Betroffenen-Sachverstand, eine besondere Form der Interessenvertretung oder um Kontrollfunktionen gegenüber den beteiligten Trägern des Gesundheitssystems geht. Man spricht in diesem Fall von kollektiven Patientenrechten.

4. Verbindung und Überlagerung von Zielen

Die unter 1 bis 3 genannten Zielsetzungen dürfen nicht isoliert betrachtet werden. Insbesondere die erste und die zweite Konzeption stehen in einer engen Wechselwirkung, da bei ihnen in den meisten Fällen doppelte Effekte ausgelöst werden. Das gilt vor allem für die erste Variante der zweiten Konzeption, die zur Erzielung von Systemeffekten Individualrechte einräumt.

III. Auswirkungen auf die Regelungsmodalitäten

1. Adressatenkreis der Regelung

Die Gewährung von Patientenrechten kann entweder allgemein, d.h. für jeden Patienten, aber auch klientelbezogen (Kinder, nicht Einwilligungsfähige, chronisch

Kranke etc.) oder situationsbezogen (stationäre oder ambulante Behandlung, Notfallbehandlung) erfolgen, je nachdem, was für eine sachlich angemessene und differenzierende Regelung vorteilhafter erscheint.

2. Rechtsgewährleistungsebenen

Patientenrechte können in verschiedenen Formen rechtlicher Verbindlichkeit und Einforderbarkeit geregelt werden. Dabei können folgende Rechtsgewährleistungsebenen unterschieden werden:

- Justiziable materielle Individualrechte Bspe.: Informationsrecht, informed consent, Arztwahlrecht, Mitspracherechte, Schadensersatzrechte
- Formelle Patientenrechte mit Anstoßfunktion
Bspe.: Beratungsansprüche, Betreuungsansprüche, Beschwerderechte
- Gremienrechte mit Mitgestaltungs-, Berichts- und Kontrollfunktion
Bsp.: Gesundheitskonferenzen in Nordrhein-Westfalen
- Bloße Deklaration von handlungsleitenden Grundsätzen
Bsp.: Entwurf Charta der Patientenrechte der Bundesärztekammer

Die Entscheidung des Gesetzgebers, welche Regelungs- und Gewährleistungsform er wählt, hängt von dem zu gewährleistenden Recht sowie von den verfolgten Zielen ab. Geht es etwa um die Gewährleistung von auch grundrechtlich geschützten Individualrechten, so ist in der Regel die Einräumung von justiziablen materiellen Individualrechten bereits von Verfassungs wegen geboten. Geht es um Qualitäts- und Effizienzsteigerung, so besteht ein weitgehender Gestaltungsspielraum, dessen Ausübung wiederum davon abhängt, wie das Gesundheitssystem im übrigen konzipiert ist.

3. Regelungsort

Die Gewährleistung von Patientenrechten ist aufgrund der Vielgestaltigkeit des Gesundheitswesens, das in das private und öffentliche Krankenversicherungssystem und eine Vielzahl von Trägern von Gesundheitseinrichtungen aufgesplittet ist und die daran anknüpfende Vielzahl der Gesetze mit der weiteren Folge unterschiedlicher

Gesetzgebungszuständigkeiten nicht einheitlich möglich. Vielmehr müssen Regelungen in ganz verschiedenen Gesetzen, die unterschiedlichen Rechtsgebieten angehören (Zivil-, Straf-, Verwaltungsrecht) getroffen werden. Deshalb kommt der Koordinierung der einzelnen Aktivitäten grundsätzlich unabhängiger staatlicher und privater Instanzen auf einer informellen Ebene erhebliche Bedeutung zu. Der Wert von nicht strikt rechtsverbindlichen Deklarationen, die gemeinsame Grundsätze und Ziele formulieren und koordinierend sowie bewußtseinsbildend wirken, sind deshalb gerade aufgrund der föderalen Ordnung des Grundgesetzes und trotz der in Deutschland nach wie herrschenden Skepsis gegenüber soft-law¹⁵ nicht zu unterschätzen.

E. Einbettung der Patientenrechte in übergeordnete Zusammenhänge des Gesundheitssystems

I. Interdependenzen im Gesundheitssystem

Im komplexen deutschen Gesundheitssystem bestehen aufgrund der Vielzahl der Leistungserbringer und am Regulierungsprozeß beteiligten Institutionen zahlreiche Interdependenzen. Punktuelle Eingriffe und Veränderungen können deshalb mit weitreichenden Folge- und Nebenwirkungen verbunden sein. Andererseits eröffnet ein solches System auch vielfältige Möglichkeiten der diskreten Steuerung. Beides muß bei der Implementierung neuer Patientenrechte berücksichtigt werden.

Da eine genaue Beschreibung der Interdependenzen und Auswirkungen nur für die jeweilige Einzelmaßnahme möglich ist, kann vorliegend nur auf das Bestehen derartiger Zusammenhänge hingewiesen werden. Die Überlegungen beschränken sich dabei auf eine kurze Skizze der Kernpunkte der nach allgemeiner Ansicht erforderlichen Reform des bundesdeutschen Gesundheitssystems sowie einige Hinweise auf die Bedeutung dieser Problematik für die Schaffung neuer Patientenrechte.

¹⁵ Siehe etwa Wimmer, DVBl. 2000, 27 ff. für den offenbar nur rechtsverbindliche Maßnahmen Wert und Wirksamkeit

II. Erforderlichkeit und Kernpunkte der Gesundheitsreform

Deutschland hat im Vergleich der OECD-Länder ein sehr gut ausgebautes Gesundheitssystem mit einem **hohen Versorgungsniveau** und hohen Versorgungskapazitäten. Zugleich liegt Deutschland hinter dem Spitzenreiter USA (ca 14 % des BIP) gleichauf mit der Schweiz auf Platz 2 der **Kosten** des Gesundheitssystems: Der Anteil der Gesundheitskosten am Bruttoinlandsprodukt betrug 1997 10,7 %.¹⁶ Auch die **Effizienz** des Gesundheitssystems wird heute zunehmend kritisch beurteilt.¹⁷

Angesichts der demographischen Entwicklung und der vergleichsweise sehr ungünstigen Relation zwischen Berufstätigen und Personen im Ruhestand ist die Finanzierung des bisherigen Leistungsumfangs nicht aufrecht zu erhalten. Die Beitragsbelastung der Berufstätigen ist bereits an einer absoluten Grenze angekommen und auch staatliche Zuschüsse sind nicht in größerem Umfang zu erwarten. Es bedarf von daher einer Gesundheitsreform, die vor allem die **langfristige Finanzierbarkeit** im Auge hat und deshalb vor allem um Kostensenkung durch Effizienzsteigerung bemüht sein muß, will man eine deutliche Absenkung des Versorgungsniveaus vermeiden. Mit Hilfe welcher Strategien und Instrumente dieses Ziel am besten erreicht werden kann, ist in vieler Hinsicht umstritten und kann hier nicht näher untersucht werden. Die bislang in Angriff genommenen und durchgeführten Reformen haben jedenfalls noch nicht zu einer grundlegenden Verbesserung der Gesamtlage geführt, sind vielmehr **teilweise gescheitert** und zurückgenommen worden.¹⁸ Die Suche nach durchgreifenden Reformkonzepten ist im Gange. Dabei spielt auch die Stärkung der Eigenverantwortung der Patienten und damit die Thematik der Patientenrechte und Patientenpflichten eine Rolle.¹⁹

besitzen.

¹⁶ Baur/Heimer/Wieseler, (Fn. 13), S. 23 (37).

¹⁷ Baur/Heimer/Wieseler, (Fn. 13), S. 23 (48 f.).

¹⁸ Siehe auch Baur/Heimer/Wieseler, (Fn. 13) S. 23 (49 f.). Auf den Erfahrungen des Auslands basierende Reformvorschläge finden sich bei Barth/Baur, in: Böcken/Butzlaff/Esche (Hrsg.), Reformen im Gesundheitswesen, 2. Aufl. 2001, S. 151 ff.

¹⁹ Siehe bereits Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung 2000. Eigenverantwortung, Subsidiarität und Solidarität bei sich ändernden Rahmenbedingungen. Sachstandsbericht 1994.

III. Bedeutung für die Patientenrechte

Bei der Einführung neuer Patientenrechte ist vor dem aufgezeigten Hintergrund so weit wie möglich eine **Abstimmung mit den Zielen der Gesundheitsreform** herbeizuführen. Es sollte insbesondere vermieden werden, daß die Konzeption der Gesundheitsreform und die Einführung von Patientenrechten unterschiedliche Ziele verfolgen und gegensätzliche Wirkmechanismen auslösen (Postulat der Widerspruchsfreiheit). Vor allem sollten deshalb einerseits die Kostenfolgen und andererseits die Effizienz- und Qualitätsanreize von Patientenrechten in die Betrachtung einbezogen werden. Da auch dies in Einzelheiten nur vor dem Hintergrund einer konkreten Reformkonzeption und bezüglich konkreter Patientenrechte dargestellt und diskutiert werden kann, muß es an dieser Stelle bei dem allgemeinen Hinweis bleiben.

F. Methodischer Ansatz und Gang der Untersuchung

I. Methodischer Ansatz

Die Untersuchung geht spezifisch rechtswissenschaftlich, d.h. **dogmatisch-normativ** vor. Sie bezieht sozialwissenschaftliche und sonstige fachfremde Erkenntnisse aus fremden Erkenntnisquellen ein, soweit dies für die Behandlung der Thematik erforderlich ist.

Die Untersuchung wird weiterhin **rechtsgebietsübergreifend**, d.h. unter Einbeziehung des Verfassungs-, Zivil-, Straf- und Sozialrechts durchgeführt.

Schließlich ist die Untersuchung jedenfalls in den Teilen 3 bis 5 **rechtsvergleichend** abgelegt, wobei andere europäische Rechtsordnungen sowie das US-amerikanische Recht - soweit wie in dem kurzen Bearbeitungszeitraum möglich - Berücksichtigung finden. Die rechtsvergleichenden Passagen beruhen nicht auf erschöpfenden Untersuchungen, sondern sind in Reichweite und Tiefgang von der Zugänglichkeit entsprechender Quellen abhängig.

II. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung geht im Anschluß an die einführenden Überlegungen im **zweiten Teil** auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Regelung von Patientenrechten ein. Dabei wird zunächst auf die Bedeutung des verfassungsrechtlichen Ansatz für die behandelte Thematik hingewiesen. Daran schließt sich eine Analyse der inhaltlichen Vorgaben des Grundgesetzes für die Regelung von Patientenrechten sowie die Befugnis und Pflicht der Gesetzgeber zum Erlaß entsprechender Regelungen an.

Der **dritte Teil** behandelt die im Zivilrecht verankerten bzw. zu regelnden Patientenrechte. Hier werden ausgehend vom deutschen Recht die Problemkreise der Einwilligung und Information des Patienten, das Recht auf Sicherheit und Qualität, die Verantwortung und Haftung im Hinblick auf Personen, Geräte und Produktverwendung und der Problemkreis medizinischer Versuche am Menschen erörtert. Anschließend werden diese Bereiche im europäischen Rahmen vergleichend behandelt.

Im **vierten Teil** werden Patientenrechte untersucht, die im Strafrecht geregelt bzw. aus ihm abgeleitet sind. Neben der strafrechtlichen Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs spielen Vertraulichkeit und Schweigepflicht (§ 203 StGB) eine Rolle. Darüber hinaus werden die ärztliche Dokumentation und das Recht auf Akteneinsicht thematisiert. Erörtert werden schließlich Fragen der Sterbehilfe.

Der **fünfte Teil** thematisiert Patientenrechte im Bereich des Sozialrechts, wobei diese Bezeichnung sehr weit, über die Vorschriften des SGB hinausgehenden verstanden wird und alle sonstigen institutionellen Regelungen zum Schutz sowie zur institutionellen Absicherung von Patientenrechten einbezogen werden.

Im **sechsten Teil** werden die in den Teilen drei bis fünf ermittelten Handlungsbedarfe zusammengefaßt und als Handlungsempfehlung an den Gesetzgeber vorgestellt.

Zweiter Teil: Verfassungsrechtliche Grundlagen

A. Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Perspektive für die Begründung und Ausgestaltung von Patientenrechten

I. Verfassung als Rahmenordnung mit Zielvorgaben

1. Zur Unterscheidung von Rechtsfortbildung und Reformgesetzgebung

Die Entwicklung von Vorschlägen für eine Verbesserung bestehender und die Einführung neuer Patientenrechte orientiert sich in den meisten Fällen an praktischen Bedürfnissen und Erfahrungen. Sie knüpft an die Systematik, Erfahrungen und Entwicklungen von Teilrechtssystemen an, wie sie das Zivil-, Arzt-, Sozial- oder Verbraucherschutzrecht darstellen.²⁰ Auf das Verfassungsrecht wird dabei allenfalls erläuternd oder zur Verstärkung von Einzelpositionen Bezug genommen. Diese Vorgehens- und Argumentationsweise wird meist durch die richterliche Rechtsfortbildung benutzt, da diese ihrer Natur nach nur reaktiv und punktuell erfolgen kann. Sie liegt vor allem der Entwicklung von Patientenrechten im Bereich des Zivil- und Strafrechts zugrunde. Die dort anzutreffenden Patientenrechte sind in weiten Bereichen „lediglich“ das Resultat der bereichsspezifischen Auslegung und Anwendung allgemein gültiger Rechtsnormen.

Da es entsprechend der Aufgabenstellung der vorliegenden Untersuchung wesentlich darum geht, Handlungsmöglichkeiten und Handlungsbedarfe des Gesetzgeber zu ermitteln bzw. aufzuzeigen, würde eine derartige Vorgehensweise alleine jedoch zu kurz greifen. Denn zum einen ist alleine die Verfassung die Rahmenordnung, die der Gesetzgeber zu wahren hat und anhand derer er seine Handlungsspielräume erkunden kann und muß. Zum anderen gehört es zu den Eigenarten und Vorzügen des Grundgesetzes, daß es nicht lediglich als starre Rahmenordnung wirkt, sondern seinerseits auch wichtige und weitreichende Zielvorgaben formuliert, aus denen sich

Handlungs- und Regelungsaufträge für den Gesetzgeber ableiten lassen.²¹ Diesem Aspekt kommt für den Bereich der Patientenrechte eine erhebliche Bedeutung zu, so daß er näher in den Blick zu nehmen ist.

2. Das Grundgesetz als Impulsgeber für Reformgesetzgebung

Mehr und stärker als bei früheren deutschen und bei den meisten ausländischen Verfassungen gehen vom Grundgesetz Impulse für eine Reform der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse in Staat und Gesellschaft aus. Diese – weithin unbestrittene – Feststellung hat sowohl materielle als auch institutionelle Gründe.

In materieller Hinsicht sind folgende Punkte hervorzuheben:

- Das Grundgesetz fungiert als umfassende Rahmenordnung für Staat und Gesellschaft²² und ist deshalb in besonderer Weise geeignet, auch Beziehungen zwischen Einzelnen und Personengruppen sowie institutionelle Strukturen zu erfassen und rechtlich zu ordnen.
- Das Sozialstaatsprinzip ermächtigt und verpflichtet den Staat, insbesondere den Gesetzgeber, unter sich wandelnden Rahmenbedingungen nach sozialer Gerechtigkeit zu streben²³.
- Einzelne Grundrechte enthalten Gesetzgebungsaufträge²⁴, die Gleichberechtigung oder besondere Schutzaufträge – etwa der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG²⁵ – zum Gegenstand haben.
- Vor allem aber sind durch die dynamische Grundrechtsinterpretation durch die Herausbildung der objektiv-rechtlichen Funktionen²⁶ der Grundrechte sowie der grundrechtlichen Schutzpflichten²⁷ neue, weitreichende verfassungsrechtliche

²⁰ Es handelt sich um eine empirisch-induktive, kasuistisch geprägte Vorgehensweise.

²¹ Zu diesem dynamischen Verständnis des Grundgesetzes vgl. Badura, in: FS Scheuner, 1973, S. 19 (33 f.); Böckenförde, Staat, Verfassungs, Demokratie, 1991, S. 29 (48 f.); Isensee, Verfassungsrecht als politisches Recht, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 1992, § 162 Rdnr. 43; Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, insbes. S. 223 ff.; Schuppert/Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 32 ff.

²² Grundlegend insoweit Hesse, Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 17; siehe auch Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1984, § 3 III 3 d).

²³ Dazu näher Zacher, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1995, § 25 Rdnr. 27 ff.

²⁴ Dazu Badura, Arten der Verfassungsrechtssätze, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 1992, § 159 Rdnr. 18 f. mit der Unterscheidung in expliziten und impliziten Gesetzgebungsaufträgen. Hinzu kommen die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Gesetzgebungsaufträge. Siehe zuletzt etwa BVerfGE 101, 159 ff. - Pflicht zum Erlaß eines Maßstabgesetzes für den Länderfinanzausgleich.

²⁵ Mit weitreichenden Auswirkungen in das Steuer- und Versicherungsrecht, zuletzt etwa zur gesetzlichen Pflegeversicherung.

²⁶ Einzelheiten bei Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 69.

²⁷ Schuppert/Bumke, (Fn. 21), S. 18 ff.

Anforderungen an die staatliche Sozialgestaltung begründet worden.

- In den Grundrechten und dem Sozialstaatsprinzip stecken Impulse zur Reformgesetzgebung²⁸, zur Entwicklung neuer (Grund-) Rechte²⁹ bis hin zur Auslösung von Paradigmenwechseln in der einfachen Rechtsordnung³⁰.

In institutioneller Hinsicht sind folgende, die materiellen Wirkungen verstärkende Punkte anzuführen:

- Das Grundgesetz hat durch seine Entscheidung für eine ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit mit umfassender Entscheidungskompetenz auch gegenüber dem Gesetzgeber und die im internationalen Vergleich ebenfalls sehr großzügige Zulassung der Individualverfassungsbeschwerde eine fortwährende Kontrolle der staatlichen Entwicklung am Maßstab der verfassungsrechtlichen Vorgaben ermöglicht, die sich in der Praxis auch wie eine ständige Gerechtigkeitskontrolle auswirkt.
- Diese Kontrolle erstreckt sich über die Urteilsverfassungsbeschwerde auch auf die Fachgerichtsbarkeit, die auf diese Weise indirekt und mittelbar in die Verfassungskontrolle mit einbezogen wird.³¹
- Dies geschieht vor allem durch die Verpflichtung zur verfassungskonformen Interpretation von einfachem Gesetzesrecht, die von den Fachgerichten ebenfalls einen dauernden Dialog mit dem Verfassungsrecht verlangt.

Die vom Grundgesetz ausgehenden Reformimpulse erstrecken sich demnach auf die gesamte Rechtsordnung und alle zur Rechtsetzung und –anwendung berufenen Institutionen. Sie sind besonders dort stark und weitreichend, wo es um den Schutz und die „Verwirklichung“ grundrechtlich geschützter Rechtspositionen geht. Sie können durch die umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit und weitreichende Antragsbefugnisse von Staatsorganen, politischen Minderheiten und Bürgern auch gegenüber dem Gesetzgeber wirksam zur Geltung gebracht werden.

²⁸ Zu denken ist an die Reform des Kindschaftsrechts, die Neuorientierungen im Anstaltsrecht durch die Strafgefangenenentscheidung, die Reform des Rechts der freien Berufe und des Prüfungsrechts infolge von grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts u.v.a.m.

²⁹ Zu denken ist an das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Letzteres hat z.B. zu einer weitreichende Reform des Polizeirechts geführt, um nur einen von vielen Bereichen herauszugreifen. Zu denken ist an das Fürsorgerecht, das Datenschutzrecht, das Bürgerschaftsrecht.

³¹ Dazu Schuppert/Bumke, (Fn. 21), S. 22 f.

II. Bedeutung des Verfassungsrechts für die Behandlung der Thematik Patientenrechte

1. Bisheriger Stand von Rechtsprechung und Wissenschaft

Für den Bereich der Patientenrechte steht eine umfassende verfassungsrechtliche Analyse noch aus. Bislang hat sich das Bundesverfassungsgericht mit dieser Thematik nur sehr punktuell beschäftigt. In der wissenschaftlichen Diskussion beschränken sich die Beiträge in der Regel auf einen relativ schmalen Themenbereich³², der das Arzt-Patient-Verhältnis unter dem Aspekt des informed consent und des Datenschutzes³³ behandelt. Bei den aktuell diskutierten Fragen der Sterbehilfe, der Forschung an Embryonen sowie der in den 90er Jahren intensiv geführten Diskussion über den Schwangerschaftsabbruch und seine gesetzliche Ausgestaltung ging es nicht so sehr um Patientenrechte, sondern um gesellschafts-politische Grundsatzentscheidungen, die einen Sonderstatus einnehmen. Die damit verbundenen Probleme sind überdies von derartiger Tragweite, daß sie im vorliegenden Zusammenhang nicht vertieft behandelt werden können.³⁴ Sie stellen auch keinen Beitrag zur verfassungsrechtlichen Diskussion der Thematik Patientenrechte dar, da verfassungsrechtliche Statusfragen ganz im Vordergrund standen.

2. Verfassungsrechtliche Bezugspunkte im Überblick

Verfassungsrechtliche Impulse und Maßgaben für die Regelung und Ausgestaltung von Patientenrechten können vor allem aus den Grundrechten und dem Sozialstaatsprinzip abgeleitet werden.

a) Grundrechtliche Impulse

Wesentliche Impulse und materielle Vorgaben für die Ausgestaltung von

³² Eine Ausnahme stellt die Untersuchung von Pichler, Internationale Entwicklungen in den Patientenrechten, 1992, S. 505 ff. dar, die aber auch überwiegend deskriptiv bleibt und nur auf Zusammenhänge hinweist, ohne weitergehende Schlußfolgerungen zu entwickeln.

³³ Siehe etwa Lang, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997.

³⁴ Sie sind zudem Gegenstand besonderer Gutachtenaufträge der Enquete Kommission.

Patientenrechten gegen von den Grundrechten aus. Thematisch kommen hier vor allem das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, das Grundrecht auf Weltanschauungs-, Religions- und Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG sowie die Grundrechte aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG in Betracht.

Im Hinblick auf die zu berücksichtigenden Grundrechtsfunktionen kommen weniger die abwehrrechtliche Grundfunktion, als vielmehr die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, ihre Funktion als Schutzpflichten sowie der prozedurale und institutionelle Grundrechtsschutz zum Tragen.

b) Vorgaben des Sozialstaatsprinzips

Karl-Peter Sommermann führt in seiner grundlegenden Studie zu den Staatszielen und Staatszielbestimmungen als Ausprägungen der Sozialstaatlichkeit unter anderem das Recht auf Gesundheit, die gesundheitliche Vor- und Fürsorge sowie den Verbraucherschutz an.³⁵ Daraus kann auch eine Zuordnung der Patientenrechte zum Sozialstaatsprinzip abgeleitet werden. Im einzelnen kommen dabei folgende Teilgehalte des Sozialstaatsprinzips zum Tragen:

- das Gebot des Schutz des Schwächeren
- die Sicherung oder Schaffung der faktischen Voraussetzungen des Grundrechtsgebrauchs
- die Sicherung von Verteilungsgerechtigkeit.

c) Kollidierende Rechtspositionen

Das Verfassungsrecht liefert aber nicht nur Impulse und Maßgaben für die Gewährung von Patientenrechten, sondern weist zugleich auch die mit ihnen potentiell kollidierenden Interessen bzw. Rechtspositionen aus. In Betracht kommen die durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte ärztliche Berufsfreiheit, die institutionellen Interessen des Gesundheits- und Krankenversicherungssystems (Wirtschaftlichkeit und Funktionsfähigkeit) und in besonderen Situationen die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Forschungsfreiheit.

d) Abwägungsvorgaben

Das Verfassungsrecht stellt für den Fall von Kollisionen auch Abwägungsvorgaben bereit. Dabei ist in erster Linie an das Übermaßverbot zu denken. In seinem Anwendungsbereich hat sich als weitere Abwägungsvorgabe vor allem das Kriterium der Eingriffsintensität herausgebildet.

e) Ordnungs-, Ausgleichs- und Sicherungsfunktion des Gesetzgebers

Schließlich lassen sich dem Verfassungsrecht auch Vorgaben für die Regelungszuständigkeit entnehmen. So entspricht es ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, daß die für den Grundrechtsgebrauch wesentlichen Fragen durch ein Parlamentsgesetz zu regeln sind. Auch die Abwägung zwischen kollidierenden Rechtswerten von Verfassungsrang ist vorrangig Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers. Er kann schließlich auch dann gefordert sein, wenn es um die Grundrechtsgewährleistung zwischen Privaten geht. Insbesondere grundrechtliche Schutzpflichten sind gesetzemediatisiert und damit auf eine entsprechende Aktivität des Parlaments angewiesen. Selbst richterlicher Rechtsfortbildung sind nach zutreffender Ansicht hier enge Grenzen gesetzt.

B. Einzelmaßnahmen des Verfassungsrechts

I. Ableitung und Reichweite materieller Patientenrechte aus den Grundrechten

1. Art. 1 Abs. 1 GG – Achtung der Menschenwürde

a) Schutzbereich

Das Bekenntnis des Grundgesetzes zur Unverletzlichkeit der Würde eines jeden

³⁵ Sommermann, (Fn. 21), S. 225 ff.

Menschen ist einerseits rechtsverbindlicher Maßstab allen staatlichen Handelns; zumindest in objektiv-rechtlicher Hinsicht ist dies allgemein anerkannt.³⁶ Andererseits verdichtet sich in ihr gewissermaßen bis zum Symbolcharakter das **Menschenbild des Grundgesetzes** in einer Art Leitvorstellung. In ihr kommt die zweckfreie Subjektivität jeden menschlichen Daseins sowie das daran anknüpfende, Staat und Privat ansprechende **unbedingte Achtungs- und Unantastbarkeitsgebot** zum Ausdruck. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG ergänzt dies um ein Schutzgebot.

Wissenschaft und Rechtsprechung haben vielfältige Versuche unternommen, den begrifflich und tatbestandlich schwer faßbaren Begriff der Menschenwürde formelhaft und kasuistisch zu konkretisieren. Resultat dieser Bemühungen sind die auf Kant zurückgehende, von Dürig prominent in die Interpretation eingeführte und vom BVerfG häufig verwendete „Objekt-Formel“. Danach ist die Menschenwürde getroffen, „wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“, d.h. wenn seine Subjektqualität prinzipiell in Frage gestellt wird.³⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat die Reichweite der Menschenwürdegarantie in seiner Rechtsprechung sehr weit gezogen und dies durch die Formel verdeutlicht, daß überall dort, wo menschliches Leben existiert, ihm die Menschenwürde zukommt.³⁸ Im konkreten Fall hat es damit die Menschenwürde auch des menschlichen Leben im Mutterleib begründet.

In der Systematik der Grundrechte übernimmt die Menschenwürde vor allem die Funktion der Ergänzung der einzelnen Freiheitsrechte durch eine übergreifende modale Schutzkategorie. Unabhängig von der Schwere des Eingriffs soll vor allem ein **Instrumentalisierungsverbot** statuiert werden. Wie bereits die Formulierung von Kant deutlich macht, soll durch die Zuweisung von „Würde“ statt „Wert“ der Mensch eine reinen Abwägungskalkül entzogen und in seiner letztlich unergründlichen Selbstzwecklichkeit geschützt werden. Daraus folgt umgekehrt, daß auch nicht jeder Eingriff in das Lebensrecht automatisch einen Verstoß gegen die Menschenwürde darstellt. Einer solchen Interpretation steht bereits der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG entgegen.

Kasuistisch kann in Anknüpfung an die bisherige Diskussion auf vier Fallgruppen

³⁶ Zum Streit, ob Art. 1 Abs. 1 GG ein subjektives Grundrecht verbürgt siehe Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rdnr. 5. Das BVerfG hat die Frage bislang nicht entschieden, vgl. BVerfGE 61, 126 (137). Praktisch kommt ihr kaum Bedeutung zu.

³⁷ Vgl. BVerfGE 30, 1 (24 ff., 39 ff.); 50, 166 (175); 87, 209 (228).

³⁸ BVerfGE 88, 203 (251).

verwiesen werden, innerhalb derer sich der Menschenwürdeschutz besonders deutlich manifestiert.

1. Sicherung menschengerechter Lebensgrundlagen

Sicherung des Existenzminimums, vor allem durch eine entsprechende Sozialhilfe und Abwehr von Obdachlosigkeit.³⁹

2. Gewährleistung elementarer Rechtsgleichheit

Die Menschenwürde verstärkt den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Höchst umstritten ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob es mit der Menschenwürde vereinbar ist, die Existenz eines Menschen als Ursache für einen Schadensersatzanspruch anzusehen.⁴⁰

3. Wahrung der personalen Identität

Mit der Wahrung der personalen Integrität werden Maßnahmen angesprochen, durch die auf die Identität und die autonome Selbstdarstellung der Person zugegriffen wird. Betroffen sind bestimmte Verfahren der Beweiserhebung, vor allem aber die genetische Diagnostik und die staatliche Informationsbeschaffung.

4. Achtung und Schutz der körperlichen Integrität

Hier geht es zum einen um das Verbot von Folter und ähnlichen Strafsanktionen, zum anderen aber auch um die Grenzziehung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin (etwa bei der Präimplantationsdiagnostik).

b) Bedeutung für Patientenrechte

Diese Aufzählung macht bereits deutlich, in welchen Bereichen die Menschenwürde von Bedeutung für die Gewährleistung von Patientenrechten sein kann. Da es sich dabei durchweg um Konstellationen handelt, die verfassungsrechtlich und ethisch besonders umstritten sind und nicht zuletzt aus diesem Grunde von der Enquete Kommission zum Thema besonderer Beratungen und Gutachtenaufträge gemacht wurden, wird an dieser Stelle auf eine vertiefende Betrachtung der Probleme aus dem Bereich der Fortpflanzungsmedizin verzichtet. Angebracht erscheinen jedoch einige allgemeine Hinweise.

Aus der Menschenwürdegarantie kann ein **übergeordnetes Leitbild** für den Umgang mit Patienten abgeleitet werden, das seine Subjektqualität betont und vor

³⁹ BVerwGE 1, 159 (161 f.)

allem in Bereichen der existenziellen Bedrohung, etwa der Intensivmedizin, besonders zu beachten ist.

Aus diesem Leitbild lassen sich m.E. auch gute Argumente für die **Überwindung eines paternalistischen Leitbildes** des Arzt-Patient-Verhältnisses und eine **Option** für die Stärkung auch der Rechtsstellung des Patienten ableiten. Dabei wird der allgemeinen kulturellen Erfahrung Rechnung getragen, daß die Anerkennung von Subjektivität sich immer auch in der Zuweisung von Rechten äußert.⁴¹

Für den Gesetzgeber, die Forscher und die Gesellschaft kann – anknüpfend an einen Gedanken von Hans Jonas – aus der Menschenwürde ein **Ehrfurchtsgebot** bei Eingriffen in Kernbereiche menschlichen Lebens abgeleitet werden, das in Zweifelsfällen zu einer vorsichtigen und zurückhaltenden Vorgehensweise mahnt. Eine solche Grundhaltung wird auch dem historisch-kulturell begründeten Hintergrund des exponierten Bekenntnisses des Grundgesetzes zur Menschenwürde gerecht.

2. Art. 2 Abs. 2 GG – Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit

Bei vielen, wenn auch nicht allen Patienten steht der Erhalt von Leben und Gesundheit im Vordergrund. Es liegt insoweit nahe, bei der Ableitung von einzelnen Patientenrechten aus den Grundrechten bei Art. 2 Abs. 2 GG anzusetzen, der das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit garantiert.

a) Grundrecht auf Leben

aa) Schutzbereich

Schutzgut dieser Teilgewährleistung ist das **körperliche Dasein** eines Menschen, d.h. die **biologisch-physische Existenz** als solche, unabhängig davon, welche Qualitäten ihr im Hinblick auf Fähigkeiten und Eigenschaften zukommt.⁴² Deshalb kommt es auch nicht auf das Entwicklungsstadium an, in dem sich menschliches

⁴⁰ Siehe einerseits die Entscheidung des zweiten Senats BVerfGE 88, 203 (296) und andererseits die davon abweichende Entscheidung des ersten Senats BVerfGE 96, 375 (399 f.) sowie dazu wiederum die Stellungnahme des zweiten Senats, BVerfGE 96, 409 ff.

⁴¹ Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf den weiteren wichtigen Aspekt, daß dabei die Korrelation von Recht, Freiheit und Verantwortung zu beachten ist und es von daher eine Verkürzung darstellen würde, die Stärkung der Patientenrechte nur durch einseitige Ansprüche zu verfolgen, ohne zugleich auch die Verantwortung des Patienten mit in den Blick zu nehmen.

Leben befindet. Der Schutz beginnt bereits vor der Geburt, nach überwiegender Ansicht bereits mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle.⁴³ Er endet mit dem Tod⁴⁴, wobei umstritten ist, ob die Feststellung des irreversiblen Gesamthirntodes ein hinreichendes Todeszeichen ist.⁴⁵ Der Bundesgesetzgeber ist davon im Transplantationsgesetz mit guten Gründen ausgegangen.

bb) Beeinträchtigungen

Das Grundrecht auf Leben wird durch jede rechtliche oder faktische Maßnahme beeinträchtigt, die den Tod eines Menschen objektiv zurechenbar bewirkt. Dieser Schutzgehalt kann zum einen bei der Regelung der (aktiven) **Sterbehilfe** zum anderen im Zusammenhang mit den verschiedenen diagnostischen, therapeutischen und experimentellen Maßnahmen an und mit **Embryonen** tangiert werden, soweit man das Grundrecht auf Leben mit der herrschenden Meinung und dem Bundesverfassungsgericht auf Embryonen erstreckt. Auch die gesetzliche Regelung des **Schwangerschaftsabbruchs**, den das Bundesverfassungsgericht tatbestandlich als Tötungshandlung qualifiziert⁴⁶, ist hier zu nennen.

Problematisch und umstritten ist, ob aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (oder aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein **Verfügungsrecht über das eigene Leben** ableitbar ist, das den Freitod rechtfertigt und darüber hinaus auch die aktive Sterbehilfe durch Dritte, insbesondere Ärzte legitimiert. In der wissenschaftlichen Literatur wird von einer wachsenden Anzahl von Autoren die Ansicht vertreten, daß eine „Hilfe beim Sterben in staatlichen Kliniken nach Maßgabe parlamentsgesetzlicher Grundlagen gerechtfertigt sein [kann] für den Fall, daß ein unheilbar Kranker dies bei uneingeschränkter geistiger Freiheit verlangt“.⁴⁷ Ein klares Bekenntnis zu einem Verfügungsrecht ist darin wohl nicht zu sehen, da dies mit den weitreichenden Einschränkungen kaum in Einklang steht. Warum sollte nicht auch ein Gesunder ohne

⁴² Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 2 II Rdnr. 15 m.w.N.

⁴³ Schulze-Fielitz, (Fn. 42) Art. 2 II Rdnr. 16; ... Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage bei seinen Abtreibungsentscheidungen offen gelassen, da es im Strafrecht auf den frühesten Zeitraum nicht ankommt. Es wird aber zu Recht angenommen, daß das Gericht bei konsequenter Fortführung seiner Argumentation auch zu diesem Ergebnis kommen müßte. Der Bundesgesetzgeber ist im ESchG ebenfalls davon ausgegangen, daß ab der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle das Grundrecht auf Leben eingreift.

⁴⁴ Schulze-Fielitz, (Fn. 42), Art. 2 II Rdnr. 16; umfassend Klinge, Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung, 1996.

⁴⁵ Für die Annahme (h.M.) Heun, JZ 1996, 213 (214 ff.); Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 2 Rdnr. 142; Schreiber, FS W. Remmers, 1995, S. 593 ff.; Weber/Lejeune, NJW 1994, 2392 (2393 f.); Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, S. 1058; Klinge, (Fn. 44), S. 125 mit zahlreichen Nachweisen; Kluth/Sander, DVBl. 1996, 1285 ff. Gegen diese Annahme (M.M.): Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rdnr. m.w.N.; „Bedenken“ bei Schulze-Fielitz, (Fn. 42) Art. 2 II Rdnr. 16.

⁴⁶ BVerfGE 88, 203 (257).

Lebensperspektive mit der Hilfe Dritter sterben wollen? Die Problematik liegt deshalb tiefer und ist bei der Frage zu suchen, ob das Grundrecht auf Leben über seinen Abwehrcharakter hinaus auch ein Autonomierecht begründet. In der christlich-abendländischen Tradition ist ein solches Autonomierecht nicht verwurzelt, da diese das menschliche Leben als „Geschenk“ des Schöpfers interpretiert und ein Recht auf den Freitod ablehnt. Von dieser Position abzuweichen bedeutet aber nicht nur eine kulturelle Umorientierung, sondern wirft auf schwierige Abgrenzungsfragen auf, insbesondere im Hinblick auf die Garantie der Freiheit der Entscheidung, den relevanten Zeitpunkt, die Verhinderung von negativen Anreizen durch gesellschaftlichen Druck und den Aufbau von Erwartungshaltungen im Sinne einer falsch verstandenen Solidarität („der Umwelt das eigene Leiden ersparen“). Aus allen diesen Gründen ist anerkannt, daß der Gesetzgeber die aktive Sterbehilfe gesetzlich unterbinden kann, wie er dies in § 216 StGB getan hat.⁴⁸

Von großer praktischer Bedeutung ist der weite Bereich der **Lebensgefährdung**, der tatbestandlich voraussetzt, daß eine Verletzung des Lebens ernsthaft zu befürchten ist.⁴⁹

In den Einzelheiten klärungsbedürftig ist nach wie vor die Bedeutung und Reichweite des **Gesetzesvorbehalts** in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG. Er erstreckt sich systematisch auch auf das Grundrecht auf Leben und erlaubt damit grundsätzlich, daß der parlamentarische Gesetzgeber Eingriffe in das Grundrecht zuläßt bzw. diese rechtfertigt. Das gleiche wird man für lebensgefährdende Maßnahmen anzunehmen haben. Aus Art. 2 Abs. 2 GG wird man deshalb alleine ein allgemeines Postulat der **Unverfügbarkeit menschlichen Lebens** nicht ableiten können. Nimmt man indes die historischen und gegenwärtigen Hauptanwendungsfälle für den Gesetzesvorbehalt, wie den finalen Todes- oder Rettungsschuß bei Polizeieinsätzen, die Gefährdung von Soldaten, Polizisten und Feuerwehrleuten, in den Blick, so wird deutlich, daß es sich jeweils um **besondere Gefahren- und Konfliktlagen** handelt, bei denen Interessenkollisionen unausweichlich sind und es zugleich immer auch um den Erhalt und Schutz hochwertiger Rechtsgüter geht. Man wird deshalb den Gesetzesvorbehalt nur sehr behutsam über diese klassischen Fallkonstellationen hinaus erweitern können. Bei der Rechtfertigung von **Schwangerschaftsabbrüchen** kann insoweit immerhin auf die besondere Konfliktlage verwiesen werden, in der sich

⁴⁷ So Schulze-Fielitz, (Fn. 42), Art. 2 II Rdnr. 43 m.w.N.

⁴⁸ Schulze-Fielitz, (Fn. 42), Art. 2 II Rdnr. 50 m.w.N.

⁴⁹ BVerfGE 51, 324 (347).

eine ungewollt schwangere Frau unter Umständen befindet. Doch ist auch hier zwischen dem staatlichen Strafverzicht und der Rechtfertigung und staatlichen Förderung deutlich zu unterscheiden. Nicht umsonst hat das Bundesverfassungsgericht in seinem zweiten Schwangerschaftsurteil von den Ärzten verlangt, daß sie auf das grundsätzliche Unrecht einer Tötungshandlung hinweisen und die entsprechende Wertung der Verfassung vermitteln. In allen weiteren Konstellationen, in denen es an unausweichlichen Konfliktlagen fehlt und es primär um die Ermöglichung eines ungehinderten **positiven Freiheitsgebrauchs** geht⁵⁰, wird man auf den Gesetzesvorbehalt nicht ohne weiteres zurückgreifen können. Deshalb muß sich der Gesetzgeber darüber im klaren sein, daß etwa die Zulassung der Verfügung über freiwillig künstlich erzeugte Embryonen vor dem Hintergrund der herkömmlichen Abwägungskriterien in Bezug auf das Grundrecht auf Leben nicht zu rechtfertigen ist. Es bedürfte insoweit einer **Uminterpretation** des Grundrechts, die dem parlamentarischen Gesetzgeber nicht grundsätzlich verwehrt ist, aber hohen Anforderungen unterliegt. Zu beachten ist neben der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG vor allem das Übermaßverbot, das im Falle eines Zugriffs auf hochwertige Rechtsgüter hohe Anforderungen an den Nachweis eines den Eingriff rechtfertigenden überwiegenden Interesses stellt.

cc) Bedeutung für Patientenrechte

Das Grundrecht auf Leben trägt – zusammen mit dem anschließend zu behandelnden Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit – einen grundsätzlichen **Anspruch** auf ausreichende und flächendeckende **medizinische Versorgung**. Ein entsprechender Bereitstellungs- und Gewährleistungsauftrag kann aus dem Grundrecht alleine⁵¹ oder in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip abgeleitet werden. Durch die Einführung der allgemein zugänglichen und leistungsfähigen gesetzlichen Krankenversicherung und dem korrespondierenden System an Gesundheitseinrichtungen wird dieser Anspruch in Deutschland bereits seit Ende des 19. Jahrhunderts erfüllt.

Wie der Staat diesen Auftrag im einzelnen erfüllt, steht weitgehend in seinem

⁵⁰ In den meisten Fällen um die Erfüllung eines Kinderwunsches, der überdies speziell auf die Geburt eines gesunden, nicht erbgeschädigten Kindes gerichtet ist. Ein solcher Wunsch ist grundrechtlich nur sehr schwach in Art. 2 Abs. 1 GG verankert. Einen strikten Anspruch auf (gesunden) Nachwuchs gewährleistet das Grundgesetz jedenfalls nicht.

Gestaltungsermessen. Aus dem Grundrecht läßt sich keine Pflicht zur Bereitstellung von Haushaltsmitteln in bestimmter Höhe ableiten. Auch die Bereitstellung von Geldern zur Bekämpfung bestimmter Krankheiten bzw. zum Aufbau von speziellen Gesundheitseinrichtungen kann daraus nicht abgeleitet werden.

Aus dem Grundrecht ergeben sich bedeutsame **Abwägungsvorgaben**, die alle staatlichen Stellen zu berücksichtigen haben. Sie beziehen sich nicht nur auf die bereits angesprochenen Fälle der Zulassung von Eingriffen in das Grundrecht auf Leben, sondern auch auf den Bereich der Darbietung von medizinischen Leistungen. So ist bei Verteilungsentscheidungen, insbesondere bei der Zuweisung knapper Ressourcen, das besondere Gewicht des Grundrechts auf Leben zu berücksichtigen. Bei konsequenter Betrachtungsweise folgen aus dem Grundrecht auf Leben auch **Statusvorgaben** für die Zuweisung von Patientenrechten. Dies bedeutet konkret, daß aus der Zuerkennung des Grundrechtsschutzes für **Embryonen** die verfassungsrechtliche Pflicht folgt, ihnen den **Status eines Patienten**, d.h. eines mit selbständigen Rechten am Behandlungsvorgang beteiligten Subjekts zuzuerkennen. Da insoweit die eigene Interessenwahrnehmung ausgeschlossen ist, bedarf es einer entsprechenden Interessenwahrnehmung durch eine zu diesem Zweck berufene Instanz, die sich nicht in einem Interessenkonflikt befindet. Diese Forderung bezieht sich auf alle medizinischen Handlungen, die sich auf das Lebensrecht von Embryonen auswirken.

Des weiteren folgen aus dem Grundrecht Anforderungen an die **verfahrensrechtliche Absicherung** von möglichen Beeinträchtigungen. Im Hinblick auf die elementare Bedeutung des Grundrechts sind bei das Leben tangierenden Eingriffen besonders hohe Anforderungen an die Information und Aufklärung, an die Erteilung von Einwilligungen (so etwa bei der Patientenverfügung), an die zu beachtenden Standards der Behandlung sowie die Ausgestaltung des Behandlungsvorgangs (ggfs. Einholung von Zweitvoten, Hinweis auf Behandlungsalternativen etc.) zu stellen.

⁵¹ Ein solches Leistungsrecht kann aus dem Grundrecht abgeleitet werden, weil es sich um eine für den Grundrechtsgebrauch unverzichtbare Leistung handelt, die staatlich monopolisiert ist und in privater Initiative jedenfalls nicht für alle Bürger bereitgestellt werden kann.

b) Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit

aa) Schutzbereich

Bezüglich des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit werden **drei Aspekte** bzw. Schichten unterschieden.

Geschützt ist zunächst die **körperliche Gesundheit** im engeren biologisch-physiologischen Sinne.⁵² Sie kann durch Verletzungen im engeren Sinne, insbesondere durch den Verlust von Körperbestandteilen oder die Zuführung von (schädlich wirkenden) Stoffen beeinträchtigt werden.

Geschützt ist weiter die **psychisch-seelische Gesundheit** im weiteren Sinne, weil Einwirkungen in diesem Bereich das Befinden des Menschen in einer Weise verändern, die der Zufügung von Schmerzen entspricht.⁵³ Bei der Feststellung von Beeinträchtigungen soll ein objektiv-individueller Maßstab zugrunde gelegt werden.⁵⁴

Geschützt ist schließlich die **körperliche Integrität** als solche. Demnach tangiert jeder Eingriff, auch wenn er zu Heilzwecken und damit zur Wiederherstellung der Gesundheit (Heileingriff) oder zur Vorbereitung einer entsprechenden Maßnahme (diagnostischer Eingriff) dient, den Schutzbereich des Grundrechts.⁵⁵ Ob dabei Schmerzen verursacht werden, spielt keine Rolle.⁵⁶

Ein weiterreichendes, etwa der Gesundheitsdefinition der **WHO** entsprechendes Grundrecht auf Gesundheit im Sinne eines Anspruchs auf einen Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens kann nach allgemeiner Ansicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG **nicht** abgeleitet werden.⁵⁷

bb) Beeinträchtigungen

Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit wird beeinträchtigt, wenn in nicht ganz unerheblicher Weise⁵⁸ in den menschlichen Körper eingreifen, wobei die dreifache Gliederung des Schutzgutes zu berücksichtigen ist. Dies hat zur Folge, daß

⁵² BVerfGE 56, 54 (73 ff.).

⁵³ BVerfGE 56, 54 (75).

⁵⁴ Schulze-Fielitz, (Fn. 42), Art. 2 II Rdnr. 20.

⁵⁵ BVerfGE 52, 171 (174 f.).

⁵⁶ Schulze-Fielitz, (Fn. 42), Art. 2 II Rdnr. 22.

⁵⁷ Schmidt-Aßmann, AöR 106 (1981), 205 (209); Schulze-Fielitz, (Fn. 42), Art. 2 II Rdnr. 21.

⁵⁸ Nach wohl noch vorherrschender Ansicht sollen geringfügige Beeinträchtigungen außer Betracht bleiben; vgl. BVerwGE 54, 211 (223). Wegen der damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten (etwa bei Hirnstrommessungen „von außen“ oder der Anordnung, Haare zu kürzen) wird in der Literatur für ein weites Tatbestandsverständnis plädiert; vgl. Schulze-Fielitz, (Fn. 42), Art. 2 II Rdnr. 31.

auch der **ärztliche Heileingriff**, wenngleich als Maßnahme einer Privatperson⁵⁹, am Tatbestand des Grundrechts zu messen und auf eine Rechtfertigung durch ärztliche **Aufklärung** und **Einwilligung** des Patienten angewiesen ist. Besondere Probleme ergeben sich insoweit bei beschränkt und nicht einwilligungsfähigen Patienten.

Der Wille, sich **nicht behandeln** zu lassen⁶⁰ und die **Behandlung abubrechen**⁶¹, ist als Verweigerung der erforderlichen Einwilligung zu interpretieren und deshalb grundsätzlich zu respektieren. Eine **Ausnahme** liegt vor bzw. ist bei entsprechender gesetzlichen Regelung gerechtfertigt, wenn es sich um gefährliche ansteckende Krankheiten (**Seuchen**) handelt⁶² oder gewichtige Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß **keine freie Willensbildung** vorliegt⁶³. Besondere Anforderungen gelten auch für die Zwangsbehandlung von Personen in **staatlichem Gewahrsam**, die z.B. durch einen Hungerstreik politischen Druck ausüben oder ihre Haftbedingungen verbessern wollen.

cc) Bedeutung für Patientenrechte

Ähnlich wie beim Grundrecht auf Leben besteht auch hier das Erfordernis der Rechtfertigung von Heileingriffen durch Aufklärung und Einwilligung (informed consent).

Soweit es zu Behandlungsfehlern und Schädigungen der Patienten kommt, verlangt das Verfassungsrecht die Eröffnung eines sekundären Rechtsschutzes durch die Gewährung von **Schadensersatz**.

3. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – allgemeines Persönlichkeitsrecht

Das von der Rechtsprechung entwickelte, aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht wird seinerseits in verschiedene **Einzel-**

⁵⁹ Der Umstand, daß im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung eine öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehung besteht, ändert nichts daran, daß es aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik um das Handeln Privater geht. Der Kassenarzt handelt jedenfalls nicht hoheitlich im engeren Sinne. Aufgrund der Ausstrahlungswirkung des Grundrechts in die Privatrechtsordnung ist das Grundrecht auch bei der Behandlung von Privatversicherten zu beachten.

⁶⁰ Schulze-Fielitz, (Fn. 42), Art. 2 II Rdnr. 45. Etwas anderes gilt bezüglich der Entscheidung, die Eltern für ihre Kinder treffen. Hier kann ggfs. eine Behandlung im Interesse der Kinder gerichtlich angeordnet werden. Das gilt jedenfalls für lebenserhaltende Maßnahmen, wie z.B. eine Bluttransfusion. Siehe dazu BVerfGE 32, 98 ff.

⁶¹ Schulze-Fielitz, (Fn. 42), Art. 2 II Rdnr. 43.

⁶² BVerfGE 9, 78 (79).

⁶³ Dies gilt etwa bei suizidgefährdeten Personen und im Falle von Hungerstreik. Hier kann sogar eine staatliche Schutzpflicht ausgelöst werden; vgl. Schulze-Fielitz, (Fn. 42), Art. 2 II Rdnr. 50 m.w.N.

gewährleistungen unterteilt, deren Bedeutung im Hinblick auf die Begründung von Patientenrechten unterschiedlich ausfällt. Es handelt sich um den (1) Schutz eines abgeschirmten Bereichs privater Lebensgestaltung (Intimsphäre), um das (2) Recht auf Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit sowie (3) die Gewährleistung von Grundbedingungen für die Persönlichkeitsentfaltung. Das ebenfalls dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zugeordnete Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird heute als selbständiges Grundrecht behandelt und deshalb anschließend gesondert thematisiert.

a) Schutz der Intimsphäre

aa) Schutzbereich

Mit der Intimsphäre wird dem einzelnen von der Verfassung ein (Lebens-) Raum geschützt, „in dem er unbeobachtet sich selbst überlassen ist oder mit Personen seines besonderen Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen verkehren kann“.⁶⁴ Es geht mithin um den Schutz eines **autarken Privatbereichs**.⁶⁵

Einen räumlich-gegenständlichen Schutz findet die Intimsphäre in der durch Art. 13 GG mit gleicher Zielrichtung gewährleisteten Unverletzlichkeit der **Wohnung**. Aber auch außerhalb dieses Bereichs bedarf es des Schutzes der Intimsphäre vor der Einsichtnahme und Beeinträchtigung durch Dritte.

bb) Bedeutung für Patientenrechte

Aus der Perspektive des Patienten besteht ein besonderes Bedürfnis nach Schutz eines autarken Privatbereichs vor allem bei einer **stationären Behandlung**, d.h. bei einem (längeren) Krankenhausaufenthalt. Soweit es dabei um den Schutz personenbezogener Daten geht, besteht eine Überschneidung mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.

Voraussetzung für den Schutz einer Privatsphäre ist weiter, daß bei einem Krankenhausaufenthalt auch der Kontakt zu Familienangehörigen und Vertrauten ermöglicht

⁶⁴ BVerfG NJW 1995, 1477; siehe auch BVerfGE 27, 1 (6); 44, 197 (203); 90, 263 (270).
⁶⁵ H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 2 I Rdnr. 51.

wird. Dies erfordert eine angemessene Regelung der **Besuchszeiten** und legt auch die Ermöglichung von **abgeschirmten Kontaktmöglichkeiten** zu Verwandten und Vertrauten jedenfalls bei schweren und lange andauernden Erkrankungen nahe. Insbesondere die Rahmenbedingungen der **Sterbebegleitung** sind vor dem Hintergrund dieses Grundrechts auszugestalten.

b) Autonomieschutz

aa) Schutzbereich

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht garantiert – zusammen mit der ebenfalls in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten allgemeinen Handlungsfreiheit – einen weitreichenden Autonomieschutz. Er bezieht sich auf die im vorliegenden Zusammenhang weniger bedeutsame Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit⁶⁶ sowie die Gewährleistung einiger **Grundbedingungen für die Persönlichkeitsentfaltung**. Dazu gehört das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung⁶⁷, das in bestimmten Konstellationen auch als Patientenrecht verstanden werden und die Berufsausübung von Ärzten steuern kann.

Autonomieschutz bedeutet darüber hinaus aber auch, daß in einem umfassenden Sinne **Selbstbestimmung** ermöglicht wird. Das gilt insbesondere dort, wo für die Selbstbestimmung eine Information durch Dritte sowie deren Handlungen von Bedeutung sind.

Der Autonomieschutz bezieht sich schließlich auch auf potentiell **gesundheitsgefährdende Verhaltensweisen**, wie Rauchen, Bergsteigen, Extremsportarten etc.⁶⁸ Diese dürfen deshalb nicht ohne weiteres bzw. nur begrenzt als Basis für eine Verschlechterung der Patientenrechte herangezogen werden. Denkbar ist aber eine angemessene Lastensteigerung oder Leistungseinschränkung und zwar auch unabhängig davon, ob Dritte gefährdet werden.⁶⁹ Die Zahlung des normalen Beitrags zur Krankenversicherung stellt nach zutreffender Ansicht alleine keine angemessene Risikovorsorge und Verantwortungsübernahme dar.⁷⁰

⁶⁶ BVerfGE 63, 131 (142); Dreier, (Fn. 55), Art. 2 I Rdnr. 53 m.w.N.
⁶⁷ BVerfGE 79, 256 (268 f.); 90, 263 (270); Enders, NJW 1989, 881 ff.
⁶⁸ BVerfGE 82, 45 (48 f.).
⁶⁹ Dreier, (Fn. 55), Art. 2 I Rdnr. 26.

bb) Bedeutung für Patientenrechte

Der aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgende Autonomieschutz vermittelt verfassungsrechtliche Maßgaben für die Ausgestaltung der **Informationsansprüche** und Mitwirkungsrechte von Patienten. Neben dem unabdingbaren Informationsanspruch, der für die Erteilung einer Einwilligung erforderlich ist, lassen sich aus dieser grundrechtlichen Gewährleistung auch darüber hinaus Informations- und **Mitwirkungsrechte** ableiten, die sich z.B. auf den Hinweis auf **Behandlungsalternativen** beziehen. Zu denken ist auch an die Stärkung der Entscheidungsposition des Patienten bei schwerwiegenden Eingriffen oder Maßnahmen durch die Pflicht⁷¹ zur Einholung eines **Zweitvotums**. Der Gesetzgeber ist insoweit – innerhalb eines weitreichenden Gestaltungsspielraums – gehalten, die Rahmenbedingungen für die Entfaltung der Patientenautonomie zu sichern und ggf. zu verbessern. Soweit für die eigene Meinungsbildung eine **Beratung** erforderlich erscheint, ist auch diese möglichst sicherzustellen und die dafür nötige Zeit einzuräumen.

Aus dem Autonomiegedanken lassen sich auch ein **Recht auf Nichtwissen** und auf **Behandlungsverzicht** ableiten. Beide sind grundsätzlich zu respektieren.

Mit dem Autonomiegedanken grundsätzlich vereinbar ist die Statuierung von **Patientenpflichten** in der Form von Mitwirkungspflichten im Bereich der, Gesundheitspflege und der Krankheitsvorsorge. Derartige Inpflichtnahmen gehen, wenn sie als Obliegenheiten ausgestaltet werden, gerade von der Freiheit und Eigenverantwortlichkeit des einzelnen aus und finden ihre Grundlage in der solidarischen Finanzierung des Gesundheitssystems.

Nicht mit dem Autonomierecht vereinbar wäre eine Pflicht zur Mitwirkung an der medizinischen Forschung oder Lehre. Aus der Weigerung dürfen dem Patienten auch keine sonstigen Nachteile in der Diagnose oder Behandlung erwachsen.

⁷⁰ Das gilt jedenfalls dann, wenn das Versicherungsrecht entsprechende Obliegenheiten zu gesundheitsbewußter Lebensführung statuiert.

⁷¹ Das Recht zur Einholung eines steht jedem Patienten ohne zu. Problematisch ist jedoch dessen Finanzierung durch die Krankenversicherung.

4. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – Recht auf informationelle Selbstbestimmung

a) Schutzbereich

Als eine Elemente des herkömmlichen Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufgreifende und im Kontext neuer technischer Möglichkeiten und praktischer Handhabungsformen erweiternde und verdichtende spezielle Fallgruppe haben Rechtsprechung⁷² und Wissenschaft⁷³ das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als eigenständiges Grundrecht entwickelt, das ebenfalls aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet wird. Dieses Grundrecht soll den Schutz personenbezogener Daten im Kontext neuer Möglichkeiten der Datenerhebung, -verarbeitung und –übermittlung gewährleisten und damit – positiv gewendet – das Recht des einzelnen stärken, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.⁷⁴ Naturgemäß kommt diesem Grundrecht nicht nur im Verhältnis zum Staat (hier besonders bei der Datenerhebung zur Gefahrenabwehr, d.h. im Polizeirecht aber auch im Strafprozeßrecht), sondern auch im Verhältnis zu anderen Privaten und damit in allen Bereichen des Gesundheitswesens einschließlich des Versicherungsrechts, egal ob es privat oder staatlich getragen und geordnet ist, erhebliche Bedeutung zu.⁷⁵ Das gilt umso mehr, als es sich bei personenbezogenen **Daten von Patienten** um sogenannte besonders **sensible Daten** handelt, die als besonders schutzwürdig anerkannt sind.⁷⁶

Das Grundrecht entfaltet seine praktische Wirksamkeit durch die Statuierung einer strikten Zweckbindung der Datenerhebung, -verarbeitung und –übermittlung und knüpft diese Vorgänge grundsätzlich an eine Einwilligung des Betroffenen.

b) Bedeutung für Patientenrechte

Die Bedeutung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung für die Patientenrechte liegt auf der Hand und hat sich in umfangreichen gesetzlichen

⁷² Grundlegend: BVerfGE 65, 1 (45 ff.). Siehe auch BVerfGE 78, 77 (84 ff.).

⁷³ Siehe etwa Podlech, Das Recht auf Privatheit, in: Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, 1979, S. 50 ff.

⁷⁴ BVerfGE 65, 1 (43); 78, 77 (84); 80, 367 (373).

⁷⁵ Überblick bei Lang, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997.

⁷⁶ Siehe dazu Art. 8 der EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG.

Regelungen in allen relevanten Vorschriftenkomplexen niedergeschlagen. Sowohl das Sozialversicherungsrecht als auch die Krankenhausgesetze und die Berufsordnungen der Ärzte enthalten heute entsprechende Vorschriften.

Durch die **EU-Datenschutzrichtlinie**, die den Schutz personenbezogener Daten vor allem im sogenannten privaten Bereich stärkt und spezielle Regelungen für Patientendaten enthält, sind die Anforderungen an den Datenschutz noch einmal erhöht worden.

Ein besonderer Schutzbedarf und ggfs. **Regelungsbedarf** besteht derzeit vor dem Hintergrund neuer Möglichkeiten des genetischen Screening etwa beim Zugang zu Krankenversicherungen, der verfahrensrechtlichen Absicherung des Schutzes von Patientendaten im Zusammenhang mit dem Einsatz von Datenverarbeitung zum Zweck von Ferndiagnosen sowie bei Verteilungsentscheidungen, wie etwa im Bereich des Transplantationsrechts.

5. Art. 4 Abs. 1 GG – Weltanschauungs-, Religions- und Gewissensfreiheit

a) Schutzbereich

In Art. 4 schützt das Grundgesetz die Weltanschauungs-, Religions- und Gewissensfreiheit. Insbesondere die Weltanschauungs- und Religionsfreiheit fungieren nicht nur als Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen, sondern sichern die Freiheit der Lebensgestaltung gemäß den eigenen weltanschaulichen und religiösen Überzeugungen ab. Das Bundesverfassungsgericht leitet daraus ein sehr weitgehendes Selbstbestimmungsrecht ab, das nicht auf religiös-kultische Handlungen beschränkt ist, sondern auch „normale“ Lebensbereiche tangiert, soweit sich in ihnen religiös-weltanschauliche Überzeugungen niederschlagen.⁷⁷

Diesem Grundrecht kommt naturgemäß in existenziell bedeutsamen Situationen eine besondere Aktualisierungsbedeutung zu, da Religion und Weltanschauung für diese Momente von grundlegender Bedeutung sind und das Verhalten und die Sinnggebung des einzelnen Lebens prägen.

b) Bedeutung für Patientenrechte

⁷⁷ BVerfGE 32, 98 (106); Morlok, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 4 Rdnr. 38.

Für die Einräumung von Patientenrechten kommt der Religions- und Weltanschauungsfreiheit in mehrfacher Hinsicht Bedeutung zu.

Negativ folgt aus ihr ein **Diskriminierungsverbot** aus religiösen und weltanschaulichen Gründen bei der Gewährung medizinischer Versorgung.

Bei der **Aufklärung** des Patienten sollte auf seine religiös-weltanschauliche Prägung eingegangen werden, d.h. es sollte ihm Gelegenheit gegeben werden, sich daraus ergebende Beschränkungen der Therapiemöglichkeiten darzulegen.

Im Rahmen eines **Krankenhausaufenthaltes** ist auf die Religionsausübung in besonderer Weise Rücksicht zu nehmen, d.h. sie ist zu ermöglichen und zu erleichtern, insoweit dies nicht zu einer Störung des Betriebs, der anderen Patienten oder der Heilbehandlung führt. In existentiell bedrohlichen Situationen (Lebensgefahr etc.) ist darauf besondere Rücksicht zu nehmen.

6. Art. 6 Abs. 1 und 2 GG – Schutz der Familie und Erziehungsrecht der Eltern

a) Schutzbereich

Art. 6 Abs. 1 GG stellt Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. In Absatz 2 wird das Sorge- und Erziehungsrecht der Eltern gewährleistet. Daraus folgt ein besonderer, hervorgehobener Schutz der Familie, insbesondere der Beziehung der einzelnen Familienmitglieder zueinander. Das gilt wiederum in besonders starkem Maße für die Beziehung der Eltern zu ihren Kindern.

b) Bedeutung für Patientenrechte

Das Grundrecht wirkt sich vor allem im Sinne einer möglichst weitgehenden Berücksichtigung von Angehörigenrechten im Rahmen der Ausgestaltung von Besuchszeiten, der Ermöglichung von abgeschirmten Kontakten und der Aufnahme von **Begleitpersonen** für Kinder aus.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Patientenbegriff

Aus den vorstehenden Überlegungen zur Bedeutung der Grundrechte für die Gewährung von Patientenrechten lassen sich über die einzelnen inhaltlichen Vorgaben hinaus auch allgemeinere Vorgaben für den Patientenbegriff ableiten, die zu einer Ergänzung der im Ersten Teil angestellten Überlegungen führen. Im einzelnen sind dabei folgende Aspekte zu beachten:

Da für die Gewährung eines ausreichenden Schutzes von Leben und körperlicher Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 GG zunächst die der Zugang zur medizinischen Versorgung von Bedeutung ist, gehört auch dieser Bereich zu den Patientenrechten. Soweit sich der Grundrechtsschutz auch auf Embryonen erstreckt, kommen auch diesen Patientenrechte zu. Es sind entsprechende institutionelle und verfahrensrechtliche Vorkehrungen für ihre Beachtung zu treffen.

Eines besonderen institutionellen und verfahrensrechtlichen Schutzes bedürfen zudem die Patientenrechte von nicht und beschränkt Einwilligungsfähigen.

III. Prozedurale und institutionelle Absicherung von materiellen Patientenrechten

1. Zu Bedeutung und Funktion prozeduralen und institutionellen Grundrechtsschutzes

Neben den Vorgaben für den Patientenstatus folgen aus den einzelnen grundrechtlichen Gewährleistungen von Patientenrechten unter bestimmten Voraussetzungen auch ergänzende Anforderungen an den verfahrensrechtlichen und institutionellen Schutz. Dafür sind unter Umständen entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen erforderlich.

Gemeinsamer Ansatzpunkt für beide Forderungen ist der Gedanke, daß ein effektiver materieller Grundrechtsschutz von Seiten des Staates oft nur dann gewährleistet ist, wenn neben der Anerkennung oder Zuweisung materieller Rechte auch ein ergänzender Schutz durch die Ausgestaltung des Verfahrens, innerhalb dessen das Grundrecht zur Geltung kommt, sowie durch die Bereitstellung von institutionellen Vorkehrungen, die die Grundrechtsausübung ermöglichen,

unterstützen oder sichern, erfolgt.⁷⁸ Diese Vorgehensweise kann insbesondere dann geboten sein, wenn es um den Schutz von Grundrechten im Verhältnis zwischen Privaten und damit um die Aktualisierung grundrechtlicher Schutzpflichten geht, die ohnehin in den meisten Fällen auf eine entsprechende Absicherung angewiesen sind. Beispielhaft sei insoweit auf die Regelungen in §§ 218 ff. StGB (Beratungspflicht, Arzterfordernis etc.) sowie im Transplantationsgesetz (Verfahren zur Feststellung des Hirntodes; Verteilungsverfahren) und Embryonenschutzgesetz verwiesen, die in weiten Bereichen einen Grundrechtsschutz durch Verfahren und institutionelle Vorgaben bewirken.

2. Grundrechtsschutz durch Verfahrensgarantien

Für eine verfahrensrechtliche Ergänzung des materiellen Schutzes von Patientenrechten spricht zunächst ganz allgemein die Tatsache, daß der Patient sich gegenüber den Leistungserbringern im Medizinsystem sehr häufig in einer unterlegenen Verhandlungsposition befindet. Die Angewiesenheit auf Hilfe, der überlegene Sachverstand und die institutionellen Rahmenbedingungen, die durch die Einbindung des Behandlungsvorgangs in einen straff organisierten Praxis- und Krankenhausbetrieb entstehen, lassen den Schluß zu, daß es unterstützender Maßnahmen bedarf, um einen hinreichenden Schutz der Patientenrechte sicherzustellen.

Regelungsort für derartige Vorkehrungen können bezüglich der Arzt-Patient-Beziehung selbst das ärztliche Berufsrecht, für die stationäre Behandlung die Krankenhausgesetze der Länder und für das Verhältnis zu den Leistungserbringern im weiteren Sinne die Versicherungsgesetze sein. Bezüglich der thematischen Reichweite wird auf die obigen Ausführungen zu den Einzelgrundrechten sowie in den nachfolgenden Teilen der Untersuchung verwiesen.

3. Grundrechtsschutz durch institutionelle Absicherungen

Über die verfahrensrechtliche Absicherung hinaus kann eine institutionelle Ab-

⁷⁸ Dreier, (Fn. 55), Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 66.

sicherung erforderlich oder zumindest förderlich für den materiellen Grundrechtsschutz sein. Darunter ist die Bereitstellung von externer Hilfe zu verstehen, die den Patienten bei der Wahrnehmung seiner Rechte und Interessen unterstützen.

Dabei ist zu beachten, daß die Ausübung von Patientenrechten inhaltlich oft vielschichtig und kompliziert ist und für den durchschnittlich informierten Menschen ohne sachkundige Beratung nur schwer möglich ist. Hinzu kommt, daß es derzeit auch sehr schwierig ist, sich über Inhalt und Reichweite von Patientenrechten zu informieren, da diese sehr verstreut geregelt und z.T. nur auf Richterrecht basieren.

Neben der Beratung kommt eine institutionelle Absicherung auch durch Beschwerde- und Schiedsstellen in Betracht, die den Patienten bei der Wahrnehmung seiner Rechte und Interessen gegenüber den Leistungserbringern unterstützen.

Denkbar ist schließlich die finanzielle Förderung von Selbsthilfe durch Patienten, wobei für ein solches Vorgehen eine möglichst neutrale Form, etwa durch Zwischenschaltung einer Stiftung, zu wählen ist.

Die Bereitstellung derartiger institutioneller Absicherungen ist in der Regel kein striktes Verfassungsgebot. Das wäre nur dann anzunehmen, wenn ohne derartige Hilfen die Grundrechtsausübung gefährdet wäre. Es handelt sich aber gleichwohl um eine verfassungsrechtliche Direktive im Sinne eines Optimierungsgebotes, das die Verfassung an den Gesetzgeber adressiert. Ein mit einem weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum versehener Handlungsbedarf kann insoweit sehr wohl begründet werden, wenn es sich erweist, daß die Ausübung von Patientenrechte durch derartige Vorkehrungen deutlich verbessert werden kann.

C. Verfassungsrechtliche Kollisionslagen - Überblick

Die Gewährung von Patientenrechten erfolgt in der Regel nicht durch die Einräumung von Ansprüchen gegenüber dem Staat, sondern innerhalb der Rechtsverhältnisse, die zwischen dem Patienten und dem Arzt, weiteren Leistungserbringern und der Versicherungsträgern entstehen. Soweit sich auch diese auf Grundrechte oder anderweitige verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen stützen können, entstehen verfassungsrechtliche Kollisionslagen. Diese können der Gewährung von Patientenrechten unter bestimmten Umständen definitive Grenzen setzen, sind aber

zumindest im Rahmen der gesetzgeberischen Abwägung zu berücksichtigen. Im folgenden sollen die wichtigsten mit den Patientenrechten potentiell kollidierenden Rechtspositionen knapp skizziert werden.

I. Die Rechtsstellung des Arztes

In vielen, wenn nicht den meisten Fällen wirken sich Patientenrechte unmittelbar auf die Berufsausübung des Arztes aus. Sie determinieren folglich das ärztliche Berufsrecht und sind insoweit (auch) am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.

Da es sich bei den Anforderungen, die einzelne Patientenrechte – wie z.B. die Aufklärung vor einem Eingriff oder die Information über Behandlungsalternativen – um sogenannte Berufsausübungsregelungen handelt, können sie nach Maßgabe der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten 3-Stufen-Lehre durch „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ gerechtfertigt werden. Dieser Anforderung dürften Patientenrechte in aller Regel genügen. Das gilt vor allem dann, wenn sie grundrechtlich verankert sind.

Zu erwägen ist jedoch, ob im Falle der Ärzte nicht höhere Anforderungen an die Beschränkung der Berufsausübung zu stellen sind, weil der Arztberuf zu den sogenannten „freien Berufen“ gehört und deutlich durch eine besondere Verantwortung und entsprechende Ausbildung geprägt ist. Abgesehen davon, daß die Qualifizierung als freier Beruf weniger auf ein verfassungsrechtlich erhebliches Datum als vielmehr ein historisch gewachsenen Selbstverständnis verweist, liegt einer solchen Argument gerade jedes paternalistische Verständnis der Beziehung von Arzt und Patient zugrunde, dessen Leitbildfunktion durch die Stärkung von Patientenrechten in Frage gestellt werden soll. Es besteht insoweit die Gefahr einer *petitio principii*.

Zu berücksichtigen sind aber andere Aspekte. So darf die Einräumung von Patientenrechten nicht dazu führen, daß die Eigenverantwortlichkeit des Arztes über Gebühr eingeschränkt und er seinerseits zum „Erfüllungsgehilfen“ des Patientenwillens gemacht wird. Vor diesem Hintergrund sind insbesondere Mitwirkungsrechte von Patienten bei der Wahl der Behandlungsmethode genau zu untersuchen. Auch muß das Weigerungsrecht vor allem des angestellten Arztes, keine Behandlung gegen seine Gewissensentscheidung durchführen zu müssen, gesichert sein. Dabei

muß auch auf die besondere Lage eines angestellten Arztes Rücksicht genommen werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß das Grundrecht der Berufsfreiheit des Arztes in den meisten Fällen kein bedeutendes Hindernis für die Gewährung von Patientenrechten darstellt.

II. Die Belange des Gesundheitssystems

Aus der gesamtstaatlichen Perspektive sind kollidierende Belangen, die gegen die Einführung von Patientenrechten sprechen, vor allem unter zwei Aspekten denkbar. Zum einen vor dem Hintergrund der mit ihnen verbundenen (zusätzlichen) Kostenbelastung für das Gesundheitssystem. Zum anderen bezüglich der Funktionsfähigkeit der Krankenversorgung. Beide Belange besitzen, soweit sie wirklich und spürbar betroffen sind, den Rang von Rechtswerten mit Verfassungsrang und sich entsprechend bei einer Abwägung zu berücksichtigen.

Aus den gleichen Gründen ist auch auf die Belange der einzelnen Träger von Gesundheitseinrichtungen im Hinblick auf die Kostenbelastung, ihr Organisationsinteresse und die Sicherstellung der ordnungsgemäßen Therapie und Pflege aller Patienten Rücksicht zu nehmen.

III. Sonstige kollidierende Rechtspositionen

Beschränkungen der Patientenrechte können schließlich im Zusammenhang mit Maßnahmen der Strafverfolgung sowie – in einen engen Bereich – der grundrechtlich in Art. 5 Abs. 3 GG garantierten Forschungsfreiheit gerechtfertigt werden.

D. Verfassungsrechtlicher Auftrag zum Erlaß eines Patientengesetzes?

Es wurde bereits mehrfach erwähnt, daß die Patientenrechte in Deutschland unter

der mangelnden Transparenz ihrer gesetzlichen Regelung leiden. Soweit sie überhaupt gesetzlich geregelt sind, sind sie Bestandteil der unterschiedlichsten Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen, die Bund-, Länder- und Selbstverwaltungsträger erlassen haben. Kernbereiche der Patientenrechte im Zivil- und Strafrecht beruhen auf der Auslegung allgemeiner Rechtsvorschriften durch die Gerichte. Vor diesem Hintergrund ist aus der verfassungsrechtlichen Perspektive die Frage zu erörtern, ob und inwieweit von einer verfassungsrechtlichen Pflicht oder – abgemildert – von einem verfassungsrechtlichen Auftrag zum Erlaß eines Patientengesetzes auszugehen ist.

Die Beantwortung dieser Frage setzt zunächst eine Vergewisserung über die verschiedenen Funktionen von Gesetzgebung und Parlamentsgesetz voraus. Im Anschluß daran ist auf verschiedene denkbare Regelungsmodalitäten und die kompetentiellen Schwierigkeiten beim Erlaß eines Patientengesetzes einzugehen.

Das Parlamentsgesetz nimmt in einem demokratischen Verfassungsstaat mehrere Funktionen wahr, die ihrerseits verschiedenen Verfassungsprinzipien zugeordnet werden können:

- Im Parlamentsgesetz als einer abstrakt-generellen Regelung kommt der für alle staatlichen Organe und Bürger verbindliche Wille des unmittelbar demokratisch legitimierten **parlamentarischen Gesetzgebers** zum Ausdruck. Es ist demnach Ausdruck seines Gestaltungswillens und genießt besondere Autorität.
- Es ist zugleich – soweit entsprechende Bezüge bestehen – **Ausdruck originärer Verfassungsinterpretation**, ist doch der parlamentarische Gesetzgeber erster Verfassungsinterpret. Aus diesem Grunde werden durch das Parlamentsgesetz auch in besonderer Weise die materiellen Vorgaben der Verfassung für Staat und Gesellschaft zum Ausdruck gebracht.
- Für den Bereich der **Grundrechte** bedeutet dies, daß das Parlamentsgesetz der vorzüglichste Ort für die Ausgestaltung und Beschränkung der Grundrechte ist. Vor allem dort, wo der Grundrechtsgebrauch von staatlichen Gewährleistungen, Garantien und Absicherungen abhängig ist, sollte der Bürger durch das allgemeingültige Parlamentsgesetz „informiert“ werden, d.h. Grundlagen und Grenzen, aber auch die verfahrensrechtlichen und institutionellen Hilfen der Grundrechtsausübung erkennen können. Insoweit kann auch auf den allgemeingültigen Zusammenhang verwiesen werden, der zwischen Information und Rechtsausübung besteht.

- Dadurch erfüllt das Parlamentsgesetz zugleich eine **rechtsstaatliche**, Transparenz erzeugende **Funktion**. Dies gilt vor allem dort, wo es um die Gestaltung von Rechtsbeziehungen zwischen Bürgern und in komplexen institutionellen Zusammenhängen geht.

Diese Funktionen sprechen grundsätzlich für eine möglichst klare und transparente gesetzliche Regelung der Patientenrechte.

Einen solchen Vorhaben bzw. entsprechenden Vorschlag stehen aber mehrere Einwände, Hindernisse und Nachteile gegenüber.

- Die **Gesetzgebungsbefugnis** für Patientenrechte ist aufgrund der föderalen Ordnung des Grundgesetzes, hier der Art. 70 ff GG, zwischen Bund und Ländern sowie den Selbstverwaltungsträgern im Bereich des Gesundheitssystems (Ärztekammern, Kassenärztliche Vereinigungen) verteilt, so daß eine Gesetzgebung aus einem Guß ohnehin nicht möglich ist.
- In weiten Bereichen des Zivilrechts und des Strafrechts hat sich die Begründung von Patientenrechten auf der Basis der fallgruppenbezogenen Auslegung allgemeingültiger Normen sowie der **richterlichen Rechtsfortbildung** bewährt. Sie hat nach überwiegender Ansicht gegenüber einer gesetzlichen Fixierung den Vorzug einer größeren Flexibilität. Aus diesem Grunde bestehen für diesen Bereich gewichtige Vorbehalte gegenüber einer gesetzlichen Fixierung.
- Schließlich würden in einigen Fällen die bisherigen Regelungen aus ihrem normativen Zusammenhang herausgerissen bzw. es müßte zu einer ebenfalls **komplizierten Verweisteknik** oder Doppelregelung kommen.

Damit erweist sich, daß die Verabschiedung eines umfassenden Patientengesetzes aus Kompetenzgründen nicht möglich und aus praktischen sowie Akzeptanzgründen nicht wünschenswert ist.

Der Verzicht auf die Verabschiedung eines umfassenden materiellen Patientengesetzes bedeutet aber andererseits nicht, daß das Anliegen einer größeren Transparenz und einer besseren Information der Betroffenen über ihre Rechte überhaupt nicht verfolgt oder erreicht werden kann. Vielmehr ist insoweit die Wahl einer **informellen Handlungsform** zu erwägen, wie sie z.B. der Erlaß einer Darstellt. Diesen Weg wählen viele nationale und internationale Organisationen, um (gemeinsamen) Rechtsüberzeugungen Ausdruck zu verleihen, ohne sich zugleich einer strikten normativen Bindung zu unterwerfen. Prominente Beispiele für derartige Vorgehensweisen aus jüngster Zeit ist die Grundrechtscharta der Europäischen

Union. Im vorliegenden Zusammenhang ist auch auf den Entwurf einer Charta der Patientenrechte seitens der Bundesärztekammer hinzuweisen.

Gegenstand einer solchen Charta könnte die Wiedergabe der wesentlichen durch das Grundgesetz garantierten und durch die einfache Rechtsordnung gewährleisteten Patientenrechte sein. Dabei könnte sprachlich zwischen zwingenden Rechten und Zielvorgaben, die sich an die Leistungserbringer und übrigen Normsetzer richten, unterschieden werden.

Erlassen werden könnte eine derartige Charta durch einen schlichten Parlamentsbeschluß des Deutschen Bundestages. Die Landesparlamente können sich dieser Charta ebenso anschließen wie die berufsständischen Organisationen.

Der Wert einer solchen Charta würde darin liegen, daß die Patientenrechte dem Bürger deutlicher vor Augen geführt und ihm damit die Rechtsausübung erleichtert würde. Zudem könnte die Charta bei der Beratung und Betreuung von Patienten benutzt werden. Aufgrund ihrer Verabschiedung durch den Deutschen Bundestag käme ihr ein hohes Maß an Autorität zu, so daß auch von einer handlungsleitenden Wirkung über den strikt normativen Bereich hinaus ausgegangen werden kann.

Dritter Teil: Patientenrechte im Zivilrecht

A. Bestandsaufnahme zum deutschen Recht

I. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten: Einwilligung und Aufklärung - Voraussetzungen und rechtliche Sanktionen

1. Einwilligung

Das wichtigste Patientenrecht ist das, über Eingriffe in seinen Körper und seine Gesundheit selbst zu entscheiden. Es findet seine Grundlage in Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, 2 Satz 1 GG.⁷⁹ Jede ärztliche Behandlung unterliegt diesem Selbstbestimmungsrecht des Patienten.⁸⁰ Sie bedarf daher grundsätzlich seiner Einwilligung, und um diese wirksam zu erteilen, ist er aufzuklären. Fehlt es an einer wirksamen Einwilligung zu einer Heilbehandlung, so stellt sich der Eingriff als Verletzung der Rechtsgüter Körper, Gesundheit und Persönlichkeitsrecht dar.⁸¹

a) Einwilligung und Behandlungsverweigerung

Aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten folgt, daß er sowohl über das Wie als auch über das Ob einer ärztlichen Behandlung allein zu entscheiden hat, sofern er einwilligungsfähig ist. Eine Ablehnung der Behandlung ist grundsätzlich zu respektieren, und zwar auch dann, wenn dies für den Patienten schwere Gesundheitsschäden oder den Tod zur Folge hat.

Die Problematik, ob eine Behandlung gegen den Willen eines Patienten ausnahmsweise im Interesse eines einzelnen Dritten erfolgen kann, insbesondere ob z.B. bei einer Schwangeren im Interesse des Kindes ein Kaiserschnitt oder eine Bluttransfusion ohne ihre Zustimmung vorgenommen werden kann, ist in Deutschland offenbar noch nicht akut geworden⁸². Der bekannte Fall des Erlanger

⁷⁹ BVerfGE 52, 131, 175.

⁸⁰ *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 388, 391, 393, 461; *Giesen*, Arzthaftungsrecht⁴, Rn. 200 f.; *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 221; BGHSt 32, 367, 378.

⁸¹ *Deutsch*, aaO. Rn. 166.

⁸² Die Behandlung gegen den Willen der Schwangeren wird zu Recht abgelehnt von *Laufs*, NJW 1994, 1562, 1569.

Foetus lag insofern anders, als es dort um die Frage ging, ob zur Rettung des Foetus die Intensivbehandlung der hirntoten Mutter fortgesetzt werden konnte oder sogar mußte⁸³. Es stand kein Eingriff in deren Körper und Gesundheit mehr zur Diskussion, sondern nur noch in ihr (postmortales) Persönlichkeitsrecht.

b) Mutmaßliche Einwilligung

Kann der Patient wegen seines geistigen oder seelischen Zustands, insbesondere wegen Bewußtlosigkeit, keine Einwilligung erklären und kann dies auch nicht durch einen gesetzlichen Vertreter geschehen⁸⁴, so ist eine Behandlung, die nicht nur indiziert, sondern dringend erforderlich ist, aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung zulässig. Auch diese soll der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten dienen. Deshalb ist, wenn möglich, darauf abzustellen, wie der konkrete Patient in der aktuellen Behandlungssituation entscheiden würde. Nur wo dessen individuelle Einstellung nicht feststellbar ist, ist zu fragen, wie ein vernünftiger Patient entscheiden würde, wofür eine objektive Interessenabwägung die Grundlage bildet⁸⁵.

aa) Ein Problem in diesem Bereich ist das der Operationserweiterung. Ergeben sich während des Eingriffs neue Aspekte, die weitergehende Maßnahmen erforderlich erscheinen lassen, so stellt sich die Frage, ob der Arzt die Operation (und die Narkose) unterbrechen muß, um eine erneute Einwilligung einholen.

Hier ist zu differenzieren⁸⁶. Ist die Erweiterung vital indiziert, so ist sie beim Fehlen vorheriger gegenteiliger Äußerungen des Patienten ohne neue Einwilligung vorzunehmen⁸⁷. Ebenso ist zu entscheiden, wenn die zu beseitigenden Beschwerden sich nur durch die Erweiterung beseitigen lassen und diese keine höheren oder andersartigen Risiken und keine schwerwiegenderen Folgen mit sich bringt als die ursprünglich vorgesehene Maßnahme, wohingegen Abbruch und erneute Operation eine wesentlich größere Belastung bedeuten⁸⁸. Genau umgekehrt liegt es, wenn der Eingriff ohne Gefährdung des Patienten unterbrochen werden kann und die Erweiterung ein erhöhtes Risiko oder eine wesentlich schwerwiegendere Folge mit

⁸³ Für eine ärztliche Rettungspflicht *Hilgendorf*, JuS 1993, 97 ff.; *Kaufmann*, MedR 1983, 121 ff.; dagegen *Giesen/Poll*, JR 1993, 177 ff.; *Laufs*, NJW 1994, 1562, 1569; 1995, 1590, 1592.

⁸⁴ Zur Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung s. *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 110; *Fischer*, Festschrift für *Deutsch*, S. 545, 551; *Taupitz*, Gutachten 63. DJT, 2000, A 39

⁸⁵ *Fischer*, aaO. S. 549; vgl. auch *Taupitz*, aaO. A 41ff.

⁸⁶ Zum folgenden s. *Fischer*, Festschrift für *Deutsch*, S. 545, 552 f.

⁸⁷ Vgl. OLG Celle VersR 1984, 444

sich bringt⁸⁹. Ist die Erweiterung zwar nicht eilbedürftig, aber auf längere Sicht eindeutig indiziert, dann ist eine generelle Vermutung über die Entscheidung des einzelnen Patienten nicht möglich, wenn es sich etwa um die Entfernung wesentlicher Körperteile wie z. B. der Brust oder der Gebärmutter handelt. Hier ist die Erweiterung nur zulässig, wenn der Arzt konkrete Anhaltspunkte dafür hat, daß die individuelle Patientin die Belastungen des Abbruchs für nachteiliger hält als die zumindest vorläufige Erhaltung des Organs⁹⁰. Im Zweifel haben dort, wo echte Entscheidungskonflikte über Erweiterung oder Unterbrechung möglich sind, das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Patienten und damit die Einholung der tatsächlichen Einwilligung den Vorrang⁹¹. Im übrigen ist der Arzt, soweit Operationserweiterungen vorhersehbar sind, zur vorherigen Aufklärung verpflichtet und haftet, wenn er diese Pflicht verletzt⁹².

bb) Eine wesentliche Rolle spielt die mutmaßliche Einwilligung desweiteren bei der Frage, wann bei bewußtlosen unheilbar Kranken ein Behandlungsabbruch zulässig ist. Wegen der überragenden Bedeutung des Rechtsgutes Leben ist im Zweifel von dessen Erhaltungsbedürftigkeit auszugehen. Dafür daß die Weiterbehandlung nicht dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht, müssen deshalb konkrete Anhaltspunkte bestehen, und an deren Ermittlung sind strenge Anforderungen zu stellen⁹³. Maßgeblich sind hier in erster Linie frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Patienten, und sie sind um so verbindlicher, je kürzer sie zurückliegen und je stärker der Patient die aktuelle oder doch eine vergleichbare Situation im Auge gehabt hat⁹⁴. Allgemeine Wertvorstellungen oder die Religionszugehörigkeit müssen dagegen durch weitere Umstände verstärkt werden, da sonst nicht sicher genug ist, ob der Patient ihnen auch bei der aktuellen Entscheidung über Leben und Tod folgen würde⁹⁵.

Mit größter Sicherheit lassen sich Wille und Vorstellungen des Patienten hinsichtlich des Behandlungsabbruchs aus einem Patiententestament bzw. einer Patientenverfügung entnehmen. Dessen Überzeugungskraft und damit auch die

⁸⁸ Vgl. OLG München VersR 1980, 172

⁸⁹ BGH NJW 1977, 337.

⁹⁰ Anders BGHSt 35, 246. Dagegen *Geppert*, JZ1988,1024; *Giesen*, JZ 1988, 1030; *Müller-Dietz*, Jus 1989, 280.

⁹¹ Für dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis auch BGH NJW 1977, 337, 338.

⁹² *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 110.

⁹³ BGHSt 40, 257, 260 f.; OLG Frankfurt NJW 1998, 2747, 2748 f.; *Fischer*, Festschrift Deutsch, S. 545, 554; *Taupitz*, Gutachten zum 63. DJT, 2000, A 45.

⁹⁴ *Fischer*, aaO. S. 555; *Taupitz*, aaO. A 46.

⁹⁵ *Deutsch*, NJW 1979, 1905, 1908 f.; *Fischer*, aaO.; *Taupitz*, aaO.; *Roxin*, Strafrecht, AT³, § 18 Rn. 25.

Bindungswirkung sind um so stärker, je näher der zeitliche Abstand zum Zeitpunkt der Abbruchsentscheidung ist und je mehr der Patient bei der Errichtung die konkrete Krankheitssituation im Auge hatte. Die vorherige Aufklärung des Patienten durch einen Arzt ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung, verstärkt aber die Bindungswirkung. Ähnliches gilt für die Form der Verfügung. Voraussetzung für die Wirksamkeit ist dagegen Einwilligungsfähigkeit. Jedoch bedarf diese beim Behandlungsabbruch sehr sorgfältiger Prüfung, wenn der Patient noch nicht voll geschäftsfähig ist. Gerade in dieser Situation ist die Kontrolle der Eltern, ob die Entscheidung nicht nur dem Willen, sondern auch dem Wohl des Minderjährigen entspricht, besonders wichtig, so daß gegen ihr Veto kein Abbruch erfolgen darf.

c) Einwilligung Dritter

aa) Ehegatte

In Deutschland ist die Frage, ob neben dem Patienten auch sein Ehegatte in den Eingriff einwilligen muß, lediglich für die Sterilisation und die Abtreibung erörtert worden. Für erstere hat der Bundesgerichtshof sie verneint⁹⁶ und damit nur vereinzelt Widerspruch gefunden⁹⁷. Ein Widerspruchsrecht des Ehemannes und zukünftigen Vaters bei der Abtreibung ist zwar vom AG Köln unter analoger Anwendung von § 1628 BGB bejaht worden⁹⁸. Jedoch dürfte dies nur für nichtindizierte Abtreibungen zutreffen⁹⁹.

⁹⁶ BGHZ 67, 48, 54 f.

⁹⁷ Kern, NJW 1994, 753, 758. Ebenso bei Einwilligungsunfähigkeit der Ehefrau: Coester, Zentralblatt für Jugendrecht 1989, 350, 352.

⁹⁸ AG Köln, NJW 1985, 220 1; zustimmend *Mittenzwei*, AcP 187 (1987), 247, 274 ff.; für nichtmedizinische Indikationen Kern, NJW 1994, 753, 754.

⁹⁹ Coester-Waltjen, NJW 1985, 2175, 2176 f.

bb) Eltern und gesetzliche Vertreter

Grundsätzlich ist bei einwilligungsunfähigen Personen die Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter erforderlich, bei Kindern also die der Eltern.¹⁰⁰ In Deutschland ist die Einwilligungsfähigkeit nicht an die starren Geschäftsfähigkeitsregeln gebunden, sondern hängt von der konkreten Einsichtsfähigkeit ab¹⁰¹. Umstritten ist allerdings, ob – abgesehen von Eilfällen – bei bestehender Einwilligungsfähigkeit die Erklärung des Minderjährigen allein genügt¹⁰² oder ob nicht zusätzlich die der Eltern erforderlich ist¹⁰³ und ob ihm nicht wenigstens in bestimmten Fällen ein Vetorecht zusteht¹⁰⁴. Gesetzliche Beispiele für ein solches Vetorecht finden sich in § 2 II TranspLG und § 1905 I Nr. 1 BGB, für das Erfordernis einer kumulativen Einwilligung in § 41 Nr. 3 AMG.

Haben wegen der mangelnden Einwilligungsfähigkeit des Patienten gesetzliche Vertreter, bei Kindern also die Eltern, die Einwilligung zu erteilen, so muß Grundlage dieser Entscheidung das Wohl des Kindes bzw. des Betreuten sein. Das bedeutet insbesondere, daß sie nicht dasselbe Recht zur Verweigerung lebenswichtiger Behandlungen für das Kind bzw. den Betreuten haben wie für sich selbst. Handelt es sich um eine anerkannte, risikoarme und regelmäßig erfolversprechende Behandlung¹⁰⁵, dann wird offenbar in den meisten Rechtsordnungen bei lebensbedrohlicher Situation diese Behandlung auch gegen den Willen der Eltern zugelassen¹⁰⁶. Paradebeispiel ist die Verweigerung von Bluttransfusionen durch Zeugen Jehovas. So besteht die Möglichkeit, sich über diese Weigerung durch direkte richterliche Anordnung oder durch Bestellung eines Ergänzungspflegers hinwegzusetzen.¹⁰⁷

Bei nicht indizierten Eingriffen bestehen gegen die Erteilung der Einwilligung durch gesetzliche Vertreter Bedenken, weil diese Eingriffe nicht im Interesse des Patienten erfolgen. Es ist hier aber auch zweifelhaft, ob nicht voll geschäftsfähige, aber

¹⁰⁰ So OLG Karlsruhe, FamRZ 1983, 742, 743; LG München, NJW 1980, 646; *Deutsch*, AcP 192 (1992), 161, 175; *Kern*, NJW 1994, 753, 755; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁴, § 57 VII 4.

¹⁰¹ BGHZ 29, 33, 36; BGH NJW 1972, 335; *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 444; eingehend *Amelung*, ZStW 104 (1992), 525 ff.; *Kohte*, AcP 185 (1985), 112, 143 ff.

¹⁰³ BGH NJW 1972, 335, 337; NJW 1991, 2344, 2345; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 1221, 1222; BayObLG FamRZ 1987, 87, 89; MünchKomm-Gitter³, vor § 104 Rn. 88f.

¹⁰⁴ *Ulsenheimer*, in *Laufs/Uhlenbruck*², § 139 Rn. 31; *Taupitz*, Gutachten zum 63. DJT, 2000, A 75 ff.

¹⁰⁵ Für die Respektierung der elterlichen Ablehnung einer medizinisch absolut indizierten Lebertransplantation bei einem einjährigen Kind aber der englische Court of Appeal In Re T (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1997] 1 W.L.R. 242, C.A.

¹⁰⁶ *Giesen* MML, § 36 II Rn. 963 m. w. Nachw.

¹⁰⁷ OLG Hamm NJW 1968, 212, 214; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁴ (1994), S. 1008; *Deutsch*, Medizinrecht³, Rn. 462; Palandt-*Diederichsen*, BGB⁵⁵, § 1666 Rn. 8.

einsichtsfähige Patienten selbst wirksam einwilligen können¹⁰⁸. In der Praxis geht es vor allem um die Zulässigkeit von Sterilisationen, Organ- oder Gewebeentnahmen und wissenschaftlichen Experimenten. In Sterilisationen können nach § 1631 b BGB weder Eltern noch einwilligungsfähige Kinder einwilligen, während § 1905 BGB bei einwilligungsunfähigen Betreuten eine medizinisch indizierte Sterilisation in engen Grenzen zulässt. Die Lebendspende von Organen setzt nach § 8 TranspLG Volljährigkeit und Einwilligungsfähigkeit des Spenders voraus, so daß die Einwilligung durch Eltern oder sonstige gesetzliche Vertreter ausscheidet. Wissenschaftliche Experimente lassen die gesetzlichen Regelungen in § 40 AMG, § 17 MPG und § 41 SSVÖ ebenfalls nur an geschäftsfähigen Probanden zu¹⁰⁹.

Bei der Vertretung durch einen Betreuer hat sich vor allem die Frage gestellt, ob dieser in den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einwilligen kann. Der 1. Strafsenat hat sie inzidenter bejaht¹¹⁰ und zwar aufgrund analoger Anwendung von § 1904 BGB, der eine solche Genehmigung für lebensgefährliche ärztliche Eingriffe an einem Betreuten verlangt. Dem sind das OLG Frankfurt,¹¹¹ das LG Duisburg¹¹² und ein großer Teil der Literatur¹¹³ gefolgt, während andere Literaturstimmen¹¹⁴ und Gerichte¹¹⁵ widersprochen haben. Die zivilrechtliche Abteilung des 63. Deutschen Juristentages hat sich für die Notwendigkeit einer solchen Genehmigung ausgesprochen¹¹⁶. Für die entsprechende Situation bei bewußtlosen Kindern hat das OLG Brandenburg die analoge Anwendung von § 1904 BGB auf die Zustimmung der Eltern zum Behandlungsabbruch abgelehnt, weil insoweit keine Gesetzeslücke vorliege¹¹⁷.

Das gewichtigste Argument gegen die Zulassung einer Abbruchsentscheidung durch den Betreuer ist sicher das, daß die Entscheidung über die Lebensbeendigung eine höchstpersönliche ist, die nicht durch eine andere Person, auch nicht durch den Betreuer getroffen werden könne.¹¹⁸ Daran ist richtig, daß der Betreuer nicht seine persönlichen Wertungen an die Stelle derer des Betreuten setzen darf, und er kann sie ebensowenig an die Stelle der rechtlichen Grundwertung setzen, daß auch ein

¹⁰⁸ Dagegen *Kohte*, AcP 185 (1985), 106, 147 f.

¹⁰⁹ S. dazu eingehender unten IV. 2.

¹¹⁰ BGHSt 40, 257, 261 f.

¹¹¹ NJW 1998, 2747, 2748.

¹¹² NJW 1999, 2744.

¹¹³ *Knieper*, NJW 1998, 2720, 2721; *Coepicus*, NJW 1998, 3381, 3383; *Schoech*, NStZ 1995, 153, 156; *Saliger*, JuS 1999, 16, 18; *Gründel*, NJW 1999, 3391, 3392 m.w.N.; de lege ferenda auch *Taupitz*, Gutachten zum 63. DJT, Untersuchungsergebnisse, in Beilage zu NJW 2000, Heft 25, S. 9.

¹¹⁴ *Nickel*, MedR 1998, 520 ff.; *Laufs*, NJW 1998, 3399 ff.; ders., NJW 1999, 1758, 1761; *Bienwald*, FamRZ 1998, 1138.

¹¹⁵ LG München NJW 1999, 1788; LG Augsburg NJW 2000, 2363; AG Hanau BtPrax 1997, 82.

¹¹⁶ Beschlüsse A. VI. 1.1

¹¹⁷ OLG Brandenburg NJW 2000, 2361.

vermeintlich "lebensunwertes Leben" zu erhalten ist, wenn der Patient keinen gegenteiligen Willen zu erkennen gegeben hat.¹¹⁹ Wohl aber kann der Betreute die Aufgabe übertragen, die von ihm mehr oder weniger abstrakt geäußerten Vorstellungen im konkreten Fall umzusetzen. Der Betreuer muß dann feststellen, ob die Voraussetzungen für einen Behandlungsabbruch auf der Grundlage dieser Vorstellungen vorliegen. Auch das ist eine Entscheidung, die nach Art einer Subsumtion erfolgt. Dem entspricht es, daß sowohl der BGH als auch das OLG Frankfurt die Aufgabe des Betreuers darin sehen, aufgrund der mutmaßlichen Einwilligung des Patienten zu handeln. Denn deren Voraussetzungen werden hier individuell nach den Vorstellungen des Patienten, nicht etwa aufgrund einer allgemeinen Interessenabwägung ermittelt. Daß die mutmaßliche Einwilligung für sich die Unterlassung oder Beendigung einer Behandlung rechtfertigen kann, spricht nicht etwa gegen die Einschaltung von Betreuer und Vormundschaftsgericht. Denn sie genügt nur dort, wo eine tatsächliche Einwilligung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann,¹²⁰ so daß wenn möglich, die Einwilligung eines gesetzlichen oder rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters und damit auch des Betreuers eingeholt werden muß. Außerdem ist er derjenige, der am besten geeignet erscheint, den Arzt über die Willensäußerungen des Patienten zu unterrichten, aus denen sich eine mutmaßliche Einwilligung ergibt. Die Aufgabe des Vormundschaftsgerichts ist es dann nicht etwa, die fehlende Einwilligung des einwilligungsunfähigen Patienten durch seine Entscheidung zu ersetzen. Sondern es soll feststellen, ob die Einwilligung des Betreuers durch die ihm erteilte Vorsorgevollmacht gedeckt ist und ob sich aus dieser oder aus sonstigen von ihm dargelegten individuellen Vorstellungen des Patienten die Richtigkeit seiner Entscheidung ergibt. Es handelt sich um eine rechtliche Kontrolle, die im Interesse von Arzt und Betreuer vor dem Behandlungsabbruch und nicht ex post in einem Strafverfahren erfolgen sollte. Damit ist letztlich auch dem Selbstbestimmungsrecht der Patienten besser gedient; denn sie laufen weniger Gefahr, daß eine Entscheidung, die ihren Vorstellungen entspricht, nur deshalb unterbleibt, weil Arzt und Betreuer sich nicht dem Risiko strafrichterlicher Ermittlung und Verfolgung aussetzen wollen.

¹¹⁸ LG München, NJW 1999, 1788; *Deichmann*, MDR 1995, 983, 985.

¹¹⁹ Anders *Taupitz* (Fn. 78), S. 7 f.. Nach seiner Auffassung bedarf nicht der Abbruch, sondern die (Weiter)behandlung der Einwilligung, und bei infauster Prognose in aktuell schwerkranker Situation sollen belastende Behandlungsmaßnahmen sowie solche, die irreversibel wichtigste Funktionen substituieren, nicht dem objektiven Interesse des Patienten entsprechen und damit im Zweifel auch nicht von einer mutmaßlichen Einwilligung gedeckt sein.

¹²⁰ *Deutsch*, Medizinrecht⁴ Rn. 110; *Kern*, NJW 1994, 753, 757.

d) Form der Einwilligung

Die Einwilligung in normale Heileingriffe wie auch deren Verweigerung unterliegt in Deutschland keinen besonderen Formerfordernissen, d.h. sie kann mündlich oder sogar schlüssig erfolgen¹²¹. Ausnahmen gelten wieder für spezielle Eingriffe wie medizinische Versuche¹²² und Organspenden.

2. Sicherheitsaufklärung

Die ärztliche Aufklärungspflicht hat zwei unterschiedliche Zielrichtungen. Auf der einen Seite steht die sog. Selbstbestimmungsaufklärung, die in der Prozeßpraxis die Hauptrolle spielt, auf der anderen die sog. therapeutische oder Sicherheitsaufklärung. Ziel der letzteren ist es, den Patienten über die Notwendigkeit ärztlicher Behandlung zu informieren und ihn darauf hinzuweisen, daß bestimmte Verhaltensweisen erforderlich sind, um die Heilung zu fördern oder Gesundheitsgefahren zu vermeiden. Ergeben sich etwa aus dem EKG Anzeichen für eine Herzerkrankung, muß der Arzt den Patienten darüber belehren, daß dieser sportliche Belastungen vermeiden muß.¹²³ Ebenso muß ein Patient nach einer Augenoperation darüber aufgeklärt werden, daß die histologische Untersuchung einen Tumor mit hohem Metastaserisiko ergeben hat,¹²⁴ damit er entsprechende Nachsorgeuntersuchungen vornimmt. Sterilisationseingriffe bieten nicht immer eine Erfolgsgewähr, und deshalb muß z.B. ein Patient auf die Notwendigkeit eines Kontrollspermiogramms hingewiesen werden¹²⁵ oder eine Patientin auf das Risiko einer Spätreakalisation.¹²⁶ Desweiteren können sich auch aus dem Arztvertrag nach Behandlungsende posttherapeutische Aufklärungspflichten ergeben, so etwa, wenn damit gerechnet werden muß, daß der behandelnde Arzt seinem Patienten eine Gesundheitschädigung zugefügt hat. Er ist dann verpflichtet über die Komplikationen und den möglichen Schaden zu unterrichten.¹²⁷

¹²¹ *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 106.

¹²² S. dazu unten IV. 1.

¹²³ OLG Köln VersR 1992, 1231 (Haftung für den Tod des beim Kanufahren verstorbenen Patienten).

¹²⁴ BGHZ 107, 222

¹²⁵ BGH NJW 1992, 2961.

¹²⁶ OLG Oldenburg VersR 1994, 1348.

¹²⁷ OLG Koblenz NJW 2000, 3445 f.

Die Pflicht zur Sicherheitsaufklärung kann sogar im Interesse Dritter bestehen. So hat der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 1994 bei einer Kinderlähmungsimpfung die Impfärztin für verpflichtet gehalten, die Eltern auf das erhöhte Ansteckungsrisiko für Kontaktpersonen und die dagegen gebotenen Schutzmaßnahmen zu belehren.¹²⁸ Daß diese Ausdehnung weitere Probleme in sich birgt, zeigt sich dort, wo das Gesundheitsinteresse Dritter mit dem Geheimhaltungsinteresse des Patienten kollidiert. Muß der Arzt den Ehegatten oder Lebenspartner seines Patienten auf dessen Aids-Infektion hinweisen, auch wenn dieser selbst es verbietet? Das OLG Frankfurt hat dies im letzten Jahr in einem Fall bejaht, in dem auch die Lebenspartnerin seine Patientin war.¹²⁹ Dabei hat es die ärztliche Schweigepflicht mit Hilfe des rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB beschränkt.¹³⁰

Verstöße gegen diese Pflicht zur Sicherheitsaufklärung werden als Behandlungsfehler gewertet,¹³¹ was vor allem für die Beweislast von Bedeutung ist. Daß eine solche Pflicht nicht erfüllt worden ist, hat der Patient zu beweisen.¹³²

3. Selbstbestimmungsaufklärung

Die Selbstbestimmungsaufklärung ist Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung des Patienten in den ärztlichen Eingriff, weshalb sie auch als Eingriffsaufklärung bezeichnet wird.¹³³ Auch bei ihr werden noch wieder nach dem Informationsinhalt verschiedene Stufen, nämlich Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung unterschieden.

a) Im Rahmen normaler Behandlungen ist eine Aufklärung über die Diagnose dann erforderlich, wenn sie für die Entscheidung des Patienten erkennbar von Bedeutung ist.¹³⁴ Ist sie das nicht, weil z.B. keine Behandlung mehr möglich ist, so ist dies der Punkt, an dem am ehesten eine Aufklärung zum Wohle des Patienten unterbleiben

¹²⁸ BGHZ 126, 386

¹²⁹ OLG Frankfurt NJW 2000, 875 m. Bespr. *Spickhoff*, S. 848.

¹³⁰ Ebenso *Laufs/Narr*, MedR 1987, 282; *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Uhlenbruck*², § 71 Rn. 11, 12.

¹³¹ BGHZ 126, 386, 388; 107, 222.

¹³² S. BGH NJW 1981, 2002, 2003 f. = JR 1981, 489 m. Anm. *Fischer*.

¹³³ *Steffen/Dressler*⁸, Rn. 323.

¹³⁴ *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 113; OLG Stuttgart VersR 1988, 695.

kann.¹³⁵ Sie ist kontraindiziert, weil sie ihm nur noch schadet, nicht mehr nützt.

b) Die nächste Stufe, die Verlaufsaufklärung, betrifft auf der einen Seite den Behandlungsverlauf, d.h. die Art, den Umfang und die normalen Folgen des Eingriffs, auf der anderen Seite aber auch die Folgen der Nichtbehandlung. Ersteres bedeutet, daß der Patient u.a. auf nachhaltige Störungen des Bewegungsapparates, auf Dauerschmerzen, Inkontinenz oder einen künstlichen Darmausgang hinzuweisen ist,¹³⁶ letzteres, daß eine Patientin vor der Entfernung der Brust darüber informiert werden muß, daß der vorliegende Befund ihre Angst vor einer erneuten Krebserkrankung nicht rechtfertigt und ebenso ein Abwarten mit engmaschigen Kontrollen in Betracht kommt.¹³⁷ Eine ausgewogene Entscheidung zwischen Behandlung und Nichtbehandlung kann der Patient natürlich auch nur treffen, wenn er erfährt, wie hoch das Risiko und wie schwer die Folgen eines Mißerfolgs der Behandlung sind.¹³⁸ Von der Nichtbehandlung ist es nur ein gradueller Schritt zu Behandlungsalternativen. Sie sind der Verlaufsaufklärung zuzuordnen, soweit sie die Art oder die normalen Folgen des Eingriffs betreffen. Häufig beinhalten sie aber auch unterschiedliche Risiken und damit befinden wir uns schon im Bereich der Risikoaufklärung, so etwa wenn eine Bandscheibenoperation nur relativ indiziert ist, weil auch die Möglichkeit einer konservativen Behandlung besteht.¹³⁹

c) Die Risikoaufklärung bildet den Schwerpunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Aufklärungsfehlern.

Zunächst einmal hat es die Rechtsprechung konsequent abgelehnt, eine bestimmte Prozent- oder auch nur Promillegrenze zu nennen, um die darunter liegenden Risiken von der Aufklärungspflicht auszunehmen. In dem oben bereits erwähnten Impffall¹⁴⁰ betrug das allgemeine Ansteckungsrisiko 1:15,5 Mio.. Trotzdem bejahte der BGH eine Informationspflicht, weil diese bei der dort gegebenen Sicherheitsaufklärung noch strenger sei als bei der Risikoaufklärung, weil die Folge schwerste Schädigungen seien und weil es nur eines Hinweises auf die Ansteckungsgefahr und einfach zu treffende Vorsichtsmaßnahmen bedurft hätte.

¹³⁵ Deutsch, aaO. Rn. 150; Laufs in: Laufs/Uhlenbruck², § 63 Rn. 13; Steffen/Dressler⁸, Rn. 389.

¹³⁶ Steffen/Dressler⁸, Rn. 330.

¹³⁷ BGH NJW 1992, 2354; 2355; 1998, 1784, 1785, ähnlich BGH NJW 1997, 1637 für die Uterusexstirpation.

¹³⁸ BGH NJW 1981, 633; OLG Stuttgart VersR 1981, 691.

¹³⁹ BGH NJW 2000, 1788.

¹⁴⁰ BGHZ 126, 386; ähnlich wieder BGH NJW 2000, 1784, 1785 (für ein Impfrisiko von 1 : 4,4 Mio.) = JZ 2000, 898 m.Anm. Deutsch.

Zudem sei hier nicht das allgemeine Ansteckungsrisiko maßgeblich, sondern das für besonders gefährdete Personen, zu denen der Kläger gehörte, weil es sich um einen nicht geimpften Erwachsenen handelte. Die Entscheidung bringt, obwohl es sich wie gesagt, nicht um eine Selbstbestimmungsaufklärung handelt, die für die Aufklärungsbedürftigkeit von Risiken maßgeblichen Gesichtspunkte gut zum Ausdruck:

Erstens kommt es nicht so sehr auf das allgemeine Risiko, sondern auf das Risiko im konkreten Behandlungsfall an, das z.B. in dem aufgesuchten Krankenhaus durchaus höher sein kann.¹⁴¹ Zweitens ist es wesentlich, ob es sich um ein gerade für die vorgesehene Handlung typisches Risiko handelt, wie z.B. die Durchtrennung der Gallenwege bei der Entfernung der Gallenblase, auch wenn dies nur selten vorkommt.¹⁴² Drittens kommt es insbesondere auf die Schwere der Folgen an. So ist etwa auf die Gefahr einer Querschnittslähmung bei vielen operativen¹⁴³ und invasiv-diagnostischen Maßnahmen¹⁴⁴ hinzuweisen, selbst wenn sie sich sehr selten verwirklicht. Bei der Schwere der Folgen ist wiederum auf die Person des konkreten Patienten abzustellen.¹⁴⁵ Eine Stimmbandlähmung ist für einen Sänger oder Lehrer von existentiellerer Bedeutung als für einen Handwerker. Viertens wird schließlich zu Recht immer auf den reziproken Zusammenhang zwischen Dringlichkeit der Operation und Umfang der Aufklärung hingewiesen.¹⁴⁶ In lebensbedrohlicher Situation kann letztere sich, sofern sie überhaupt möglich ist, auf ein Minimum reduzieren, bei nicht indizierten Maßnahmen ist dagegen eine Totalaufklärung erforderlich. Zu diesen gehören kosmetische Operationen,¹⁴⁷ wissenschaftliche Experimente,¹⁴⁸ Organ-, Gewebe- und Blutspenden,¹⁴⁹ in den meisten Fällen auch Sterilisationen und Schwangerschaftsabbrüche.¹⁵⁰

d) Die Form der Aufklärung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, die der Einwilligung nur für klinische Prüfungen. Bei der Verwendung von Merkblättern ist die Haltung der Rechtsprechung unterschiedlich. Während in manchen Entscheidungen die

¹⁴¹ BGH NJW 1980, 1905; OLG Celle VersR 1981, 1184; 1982, 1142.

¹⁴² *Deutsch*, Medizinrecht⁴ Rn. 120; österr. OGH JBI 1995, 453.

¹⁴³ BGH NJW 1984, 2629; 1991, 2344; 1991, 2346; OLG Oldenburg VersR 1997, 978.

¹⁴⁴ BGH NJW 1995, 2410; 1996, 777.

¹⁴⁵ *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 105 ff.; *Steffen/Dressler*^β, Rn. 330.

¹⁴⁶ *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 200; *ders.*, in: *Laufs/Uhlenbruck*², § 63 Rn. 6.

¹⁴⁷ BGH NJW 1991, 2349; OLG Oldenburg VersR 1998, 854; OLG Düsseldorf VersR 1999, 61.

¹⁴⁸ *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 537; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*², § 65 Rn. 12.

¹⁴⁹ *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*², § 131 Rn. 22.

¹⁵⁰ Vgl. *Fischer/Lilie*, S. 45 f. m. rvgl. Nachw.

Notwendigkeit des Aufklärungsgesprächs betont wird¹⁵¹, lassen andere es genügen¹⁵², daß dem Patienten die Möglichkeit von Nachfragen eröffnet wird. Der BGH hat kürzlich für eine Schluckimpfung gegen Kinderlähmung die Merkblattinformation über das Lähmungsrisiko für ausreichend gehalten¹⁵³, ist damit aber in der Literatur auf Widerspruch gestoßen¹⁵⁴.

e) Zeitpunkt der Aufklärung und Person des Aufklärenden

Die Aufklärung obliegt dem behandelnden Arzt. Delegiert dieser die Aufgabe an Dritte, so hat er sicherzustellen, daß alle maßgeblichen Informationen an den Patienten weitergegeben werden. Hierzu obliegt es ihm bei arbeitsteiliger Organisation selbständig zu prüfen, ob die Qualifikation des aufklärenden Arztes (insbesondere des medizinischen Nachwuchses) gegeben ist¹⁵⁵.

Der Zeitpunkt der Aufklärung muß so gewählt werden, daß dem Patienten die Möglichkeit gegeben ist, frei und ohne Entscheidungsdruck die Risiken und den Nutzen des Eingriffs abzuwägen. Es existiert mittlerweile eine umfassende Rechtsprechung, welche über die Voraussetzungen, die an die rechtzeitige Aufklärung gestellt werden, zu einer deutlichen Verschärfung der Arzthaftung führte. Im Grundsatz bleibt es bei der auf jeden Einzelfall abzustellenden Notwendigkeit, dem Patienten ein möglichst umfassendes Maß an Erkenntnis- bzw. Entscheidungsfähigkeit zu verschaffen. Im Wesentlichen lassen sich jedoch hinsichtlich des Aufklärungszeitpunktes verschiedene Kategorien bilden, die Mindestanforderungen vorgeben, ohne jedoch klare Grenzlinien zu ziehen.

Bei ambulanten oder diagnostischen Eingriffen reicht es regelmäßig, wenn die Aufklärung am Tag des Eingriffs erfolgt. Es ist dann aber erforderlich, daß eine deutliche Zäsur zwischen Aufklärung und Eingriff gegeben ist. Dem Patienten muß auch hier die Gelegenheit zur eigenständigen Entscheidung belassen werden¹⁵⁶. Handelt es sich dagegen bei der Maßnahme dagegen um einen größeren und geplanten Eingriff, so muß nach der neueren Rechtsprechung die Aufklärung bereits zum Zeitpunkt der Operationsplanung erfolgen¹⁵⁷. Jedoch dürfte für kleinere stationäre Eingriffe und auch für die Information über Anaesthesierisiken die

¹⁵¹ OLG Köln VersR 1992, 754; BGH NJW 1994, 793.

¹⁵² OLG München VersR 1993, 752 m.krit. Anm. Schlund.

¹⁵³ BGH NJW 2000, 1784 = JZ 2000, 898.

¹⁵⁴ Deutsch, JZ 2000, 902.

¹⁵⁵ Laufs, *Arztrecht*⁵, Rn. 210.

¹⁵⁶ BGH NJW 1994, 3009, 3011.

¹⁵⁷ BGH NJW 1992, 2361.

„Vorabendaufklärung“ genügen¹⁵⁸.

4. Wirtschaftliche Aufklärung

Für den Patienten ist häufig die Frage, wer die Kosten seiner Behandlung trägt, von ganz erheblicher Bedeutung. Ist die Übernahme der Kosten durch die Krankenkasse zweifelhaft, dann ist der Arzt nach neuerer Rechtsprechung verpflichtet, den Patienten darüber aufzuklären. Das gilt vor allem bei medizinisch nicht notwendigen¹⁵⁹, bei alternativen nicht anerkannten Behandlungsmethoden¹⁶⁰ und bei kosmetischen Operationen¹⁶¹, sollte aber nicht auf diese beschränkt sein¹⁶². Der Arzt, der die Leistung erbringt und abrechnet, ist regelmäßig wesentlich besser in der Lage als der Patient, die Übernahme- bzw. Erstattungsfähigkeit zu beurteilen¹⁶³. Bei einem privatversicherten und beihilfeberechtigten Zahnpatienten ist dies allerdings vom OLG Frankfurt verneint worden¹⁶⁴. Doch ist der Arzt, wenn ihm mangels Einblicks in das Versicherungsverhältnis des Patienten eine Beurteilung nicht ohne weiteres möglich ist, zumindest verpflichtet, den Patienten auf die Notwendigkeit einer Klärung mit dem Versicherer bzw. der Beihilfe hinzuweisen.¹⁶⁵

5. Verzicht und therapeutisches Privileg

Da die Aufklärung der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts dient, kann der Patient natürlich auch auf sie verzichten. Die Entscheidung ist aber seine, nicht die des Arztes, auch wenn dieser meint, daß die Aufklärung dem Patienten mehr schade als nütze. Nur wenn die konkrete Gefahr besteht, daß die Aufklärung den Heilerfolg gefährdet oder der Patient den dringend indizierten Eingriff verweigern und dadurch einen schweren gesundheitlichen Schaden erleiden würde, kann die Aufklärung ausnahmsweise kontraindiziert sein. Dieses sog. therapeutische Privileg ist für Heilversuche mit Arzneimitteln und Medizinprodukten in § 41 Nr. 7 AMG, § 18 Nr. 7 MPG geregelt und auch von der Rechtsprechung anerkannt, allerdings bisher nur in

¹⁵⁸ *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 137 m. Nachw.; vgl auch OLG Düsseldorf NJW 1996, 1603.

¹⁵⁹ BGH NJW 1983, 263; LG Köln VersR 1983, 690.

¹⁶⁰ OLG Hamm NJW 1995, 790; LG Düsseldorf MedR 1986, 208; *Deutsch*, aaO. Rn. 119.

¹⁶¹ LG Bremen NJW 1991, 2353.

¹⁶² OLG Düsseldorf VersR 1985, 458 (Therapie durch "freien" Psychologen).

¹⁶³ OLG Hamburg NJW 1987, 2937; vgl. auch *Baden*, NJW 1988, 746, 748 f.

¹⁶⁴ NJW 1987, 2304; ähnlich *Füllgraf*, NJW 1984, 2619.

obiter dicta, da bisher noch keine Schadensersatzklage mit dieser Begründung abgewiesen worden ist¹⁶⁶.

6. Folgen der Aufklärungspflichtverletzung

a) Im Streit, ob der ohne hinreichende Aufklärung erfolgte ärztliche Eingriff eine Körperverletzung oder eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt, sind die Fronten in Deutschland seit Jahrzehnten unverändert. Rechtsprechung und h.L. stehen auf dem erstgenannten,¹⁶⁷ eine Mindermeinung in der Lehre auf dem letztgenannten Standpunkt.¹⁶⁸

b) Ein Problem, das die Rechtsprechung seit Mitte der achtziger Jahre beschäftigt, betrifft den Zurechnungs- bzw. Rechtswidrigkeitszusammenhang. Haftet der Arzt, der den Patienten nicht im notwendigen Umfang aufgeklärt hat, auch dann, wenn sich nicht das aufklärungspflichtige Risiko verwirklicht, dafür aber eins, über das er wegen seiner Seltenheit nicht aufklären mußte? Als Beispiele mögen die beiden ersten Entscheidungen des BGH zu diesem Problem dienen. Im ersten Fall¹⁶⁹ war bei einer Rektoskopie der Dickdarm perforiert worden, ein nach Ansicht des BGH wegen seiner Seltenheit nicht aufklärungsbedürftiges Risiko. Notwendig, aber unterblieben war eine Aufklärung über die besondere Schmerzhaftigkeit der Rektoskopie. Der Eingriff wurde deshalb für rechtswidrig gehalten, der Rechtswidrigkeitszusammenhang jedoch nur für das Schmerzsrisiko, nicht für das der Darmperforation bejaht und deshalb deren Zurechnung abgelehnt. Im zweiten Fall¹⁷⁰ hatte der Patient eine intraartikuläre Kortisoninjektion ins Schultergelenk erhalten. Es kam zu einer Blutvergiftung, an deren Folgen der Patient verstarb. Er war über das allgemeine Risiko einer Infektion aufgeklärt worden, nicht jedoch über die als Folge durchaus bekannte Möglichkeit der Versteifung des Schultergelenks und ebensowenig über das Risiko des äußerst seltenen tödlichen Ausgangs. Der BGH hielt die Versteifung für aufklärungsbedürftig, nicht dagegen die in der medizinischen Literatur wegen ihrer Seltenheit nicht genannte Lebensgefahr. Gleichwohl hat er hier die Zurechenbarkeit auch des Todes bejaht; denn letztlich habe sich das Risiko

¹⁶⁵ Vgl. *Laufs* in *Laufs-Uhlenbruck*², § 65 Rn. 17.

¹⁶⁶ *Steffen/Dressler*, Neue Entwicklungen der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht⁸ (1999), Rn. 389.

¹⁶⁷ BGH NJW 1984, 1807, 1808 f.; BGHZ 106, 153, 159.

¹⁶⁸ *Laufs*, *Arztrecht*³, Rn. 176.

¹⁶⁹ BGHZ 90, 96.

verwirklicht, das der Arzt auch in seiner Folgeschwere mit dem Hinweis auf die Versteifungsgefahr habe klarmachen müssen. An dieser Linie hält er auch in neueren Entscheidungen fest und differenziert zwischen der Grundaufklärung und der Aufklärung zwischen bestimmten Einzelrisiken. Die Grundaufklärung muß die Chancen und Risiken der Behandlung im großen und ganzen umfassen, dabei aber dem Patienten einen zutreffenden Eindruck von der Schwere des Eingriffs sowie der Art der Belastungen für seine Integrität und Lebensführung geben.¹⁷¹ Dazu gehört z.B. bei einer Myelographie (Darstellung des Rückenmarks mit Hilfe eines Kontrastmittels) das Risiko von Lähmungserscheinungen bis hin zur Querschnittslähmung. Wird diese Grundaufklärung nicht gegeben, dann haftet der Arzt auch für die Verwirklichung äußerst seltener, für sich selbst nicht aufklärungsbedürftiger Risiken, im Fall der Myelographie nach Ansicht des BGH auch für einen Krampfanfall und die daraus resultierende Oberarmfraktur.¹⁷² Letzteres stellt nun ein so völlig andersartiges Risiko dar, daß dessen Einbeziehung in den Schutzbereich der geschuldeten Aufklärung zu Recht kritisiert worden ist.¹⁷³ In dieser Ausprägung bildet die Verneinung des Zurechnungszusammenhangs in der Rechtsprechung eine seltene Ausnahme,¹⁷⁴ die in der Praxis kaum zu einer Einschränkung der Aufklärungshaftung führt. Anders ist es, wenn der Arzt über das Risiko aufgeklärt hat, das sich letztlich verwirklicht hat, nicht dagegen über andere, über die er an sich auch hätte informieren müssen. Hier haftet er nicht.¹⁷⁵

c) Praktisch noch bedeutsamer ist das Erfordernis des sog. echten Entscheidungskonflikts, zu dem die erste Entscheidung des BGH am selben Tage wie die zum Rektoskopiefall ergangen ist. Die Patientin war wegen einer Lymphogranulomatose,¹⁷⁶ d.h. einer bösartigen Lympherkkrankung, bestrahlt worden und hatte dadurch eine Querschnittslähmung erlitten. Über dieses sehr seltene, aber bekannte Risiko war sie nicht aufgeklärt worden. Ohne diese Behandlung betrug die mittlere Lebenserwartung – für die damals 34jährige Patientin – nur etwa drei Jahre, und die Wahrscheinlichkeit einer Querschnittslähmung war sogar noch erheblich größer als aufgrund der Therapie. Trotz der vitalen Indikation und der Seltenheit

¹⁷⁰ BGHZ 106, 391.
¹⁷¹ BGHZ 106, 391, 399.
¹⁷² BGH VersR 1996, 194.
¹⁷³ *Deutsch*, Anm. zu LM § 823 Nr. 60.
¹⁷⁴ So schon BGHZ 106, 391, 400.
¹⁷⁵ BGH NJW 2000, 1784
¹⁷⁶ BGHZ 90, 103.

dieser Folge hat der VI. Zivilsenat sie wegen der besonderen Schwere für aufklärungsbedürftig gehalten. Er hat jedoch dem Arzt den Einwand zugebilligt, die Patientin hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung der Bestrahlung zugestimmt. Das allein würde ihm freilich wenig nützen, da der Arzt für diesen Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens beweispflichtig ist und es zum Nachweis nicht genügt, daß vernünftige Patienten sich durch das dargelegte Risiko nicht abschrecken lassen würden. Ließe man letzteres als Beweis zu, würde das Recht des Patienten, auch medizinisch unvertretbare Entscheidungen zu treffen, nicht wirksam geschützt. Dessen rein subjektive Entscheidung zu beweisen, ist aber für den Arzt unmöglich. Deshalb wird in derartigen Fällen nunmehr vom Patienten die substantiierte Darlegung verlangt, aus welchen persönlichen Gründen er die Behandlung trotz der vitalen Indikation abgelehnt hätte. Er muß zwar nicht beweisen, wie er sich tatsächlich entschieden hätte, wohl aber plausibel machen, daß er bei richtiger Aufklärung vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte.¹⁷⁷ Mit dieser auch in neueren Entscheidungen fortgesetzten Rechtsprechung hat der BGH sich zumindest in einem Teilbereich dem Trend widersetzt, die Aufklärungspflicht als Auffangtatbestand für erfolglose Behandlungsfehlerklagen auszunutzen. Denn es finden sich seitdem eine Reihe von Urteilen, in denen die Plausibilität und damit die Haftung des Arztes verneint worden sind.¹⁷⁸ Auf der anderen Seite ist aber auch der Schutz der Patienten keineswegs vernachlässigt worden, sind doch verschiedentlich echte Entscheidungskonflikte bejaht worden.¹⁷⁹

7. Verletzung der Aufklärungspflicht - Beweislastverteilung

Wie schon ausgeführt, stellt die Verletzung der Pflicht zur Sicherheitsaufklärung einen Behandlungsfehler dar und unterliegt damit den allgemeinen Beweislastregeln. Bei der Selbstbestimmungs- bzw. Eingriffsaufklärung trifft dagegen nach ständiger, bis in die neueste Zeit hinein reichender Rechtsprechung den Arzt die Beweislast dafür, daß er dem Patienten die Dringlichkeit des Eingriffs,¹⁸⁰ aber auch dessen Risiken dargelegt hat.¹⁸¹ Es ist verständlich, daß die Ärzte dieser Last durch die Verwendung von Aufklärungsformularen zu begegnen versuchen. Jedoch ist deren

¹⁷⁷ *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 161.

¹⁷⁸ OLG Stuttgart, VersR 1988, 832; OLG Hamm VersR 1989, 706; OLG Hamm VersR 1990, 663; OLG München VersR 1991, 1241; OLG Koblenz VersR 1992, 963; OLG Karlsruhe VersR 1994, 860.

¹⁷⁹ OLG Celle VersR 1987, 567; OLG Frankfurt VersR 1988, 57; 1989, 254; OLG Köln VersR 1988, 384.

¹⁸⁰ BGH NJW 1990, 2928; 1997, 1637.

Wert begrenzt, weil sie keineswegs sicherstellen, daß der Patient die für seine Entscheidung wesentlichen Tatsachen auch wirklich verstanden hat. Außerdem enthalten sie mitunter gerade das Risiko, das sich beim geschädigten Patienten verwirklicht hat, nicht oder bezeichnen es nicht deutlich genug. So hat etwa der BGH den im Aufklärungsbogen enthaltenen Hinweis auf eine "Lähmung" nicht ohne weiteres als Beweis dafür ausreichen lassen, daß die Patientin über die Gefahr dauerhafter Lähmungen aufgeklärt worden. war.¹⁸² Auf diese Weise bleibt der Vorwurf mangelnder Aufklärung nach wie vor die schärfste Waffe des Patienten, auch wenn die Rechtsprechung gelegentlich betont, an den dem Arzt obliegenden Beweis dürften keine unbillig hohen Anforderungen gestellt werden.¹⁸³ Die m.E. einzige bedeutsame Einschränkung bildet bei vital indizierten Maßnahmen die Rechtsprechung zum echten Entscheidungskonflikt, nach der der Patient wenigstens substantiiert und plausibel darlegen muß, warum er bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Behandlung abgelehnt hätte.

II. Das Recht auf Sicherheit und Qualität - Haftung für Behandlungsfehler

1. Haftungsgrundlagen

Für Behandlungsfehler haftet der Arzt nach deutschem Recht dem Patienten wegen Körper- oder Gesundheitsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB, außerdem wenn er – wie bei nichtstationärer Behandlung die Regel – selbst Vertragspartner ist, wegen schuldhafter Vertragsverletzung¹⁸⁴. Die Gründe für diese Anspruchskumulation liegen darin, daß nur der Deliktsanspruch zum Schmerzensgeld führt, daß aber beim Vertragsanspruch die Gehilfenhaftung strenger und die Verjährungsfrist länger ist, während die Beweislastumkehr analog §§ 282, 285 BGB hier zwar auch noch in Frage kommt, aber im deutschen Recht keine große praktische Bedeutung hat¹⁸⁵.

¹⁸¹ BGH NJW 1984, 1807, 1808 f.; 1985, 1399.

¹⁸² BGH NJW 1999, 863, 864.

¹⁸³ BGH NJW 1985, 1399; 1992, 741, 742; OLG Schleswig VersR 1996, 634.

¹⁸⁴ *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 174-177; *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 467; BGH VersR 1988, 1273; *Giesen*, Arzthaftungsrecht⁴, Rn. 3 ff.

¹⁸⁵ *Franzki, Dietmar*, Beweislastregeln im Arzthaftungsprozeß (1982), S. 45; *Deutsch*, Medizinrecht³, Rn. 319, der zu Recht darauf hinweist, daß der Patient den Behandlungsfehler nachweisen muß, damit die von §§ 282, 285 vorgesehene Beweislastumkehr für das Verschulden eingreifen kann.

Sollte die kleine Schuldrechtsreform verwirklicht werden, so werden die Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit einer einheitlichen Verjährung unterliegen, nämlich einer Frist von drei Jahren nach Kenntnis und von absolut 30 Jahren¹⁸⁶. Dagegen werden die Unterschiede beim Schmerzensgeld, der Gehilfenhaftung und der (praktisch wenig bedeutsamen) Beweislastumkehr bestehen bleiben¹⁸⁷.

Der Arzt schuldet dem Patienten keinen Heilerfolg¹⁸⁸, wohl aber eine Behandlung, die nach § 276 BGB der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, d.h. dem Standard der Wissenschaft zur Zeit der Behandlung entspricht.¹⁸⁹ Die Frage, wie dieser Standard zu bestimmen ist, hat die neuere Rechtsprechung unter verschiedenen Aspekten beschäftigt.

2. Bestimmung des Sorgfaltsstandards

Zunächst einmal hat der BGH wiederholt betont, daß sich die berufsspezifischen Sorgfaltspflichten des Arztes in erster Linie nach medizinischen Maßstäben richten. In einem 1994 entschiedenen Fall hatten zwei Sachverständige die vorgeburtliche Infektionsprophylaxe, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, als fehlerfrei angesehen. Darüber durfte sich das Berufungsgericht nicht aufgrund einer allein rechtlichen Gesamtbetrachtung hinwegsetzen und die Behandlung als evident unzureichend qualifizieren.¹⁹⁰

Auf der anderen Seite ist jedoch anerkannt, daß die erforderliche Sorgfalt normativ zu bestimmen ist und die ärztliche Praxis deshalb im Interesse der Patientensicherheit der rechtlichen Kontrolle unterliegt. Insbesondere, wenn es nicht um eigentlich ärztliche, sondern organisatorisch-strukturelle Entscheidungen geht, hat die Rechtsprechung wiederholt eingefahrene Praktiken für unzureichend erklärt. Gegenstand solcher Verdikte waren in der Rechtsprechung des BGH die ungenügende Dekubitus-Prophylaxe¹⁹¹, die Parallelnarkose durch denselben Anaesthesisten in zwei Op-Räumen¹⁹², die Anfänger-Operation¹⁹³ und die Teilnahme

¹⁸⁶ § 201 BGB-KE, in Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1992, S. 284.

¹⁸⁷ Der weitere Vorteil der Vertragshaftung, nämlich der Ersatz reiner Vermögensschäden, spielt beim Behandlungsfehler wegen der mit ihm stets verbundenen Rechtsgutverletzung keine Rolle, kann aber im Bereich der Aufklärungspflichten von Bedeutung sein.

¹⁸⁸ OLG Karlsruhe, VersR 1996, 62 (Beinprothese).

¹⁸⁹ *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 180.

¹⁹⁰ BGH NJW 1995, 776.

¹⁹¹ BGH NJW 1986, 2365.

¹⁹² BGHZ 95, 63, 71 ff.; BGH NJW 1983, 1374.

von übermüdeten Nachtdienstärzten an Operationen.¹⁹⁴ Die Sicherheit des Patienten wurde in diesen Fällen für gewichtiger gehalten als vermeintliche oder auch tatsächliche wirtschaftliche Zwänge.

3. Einfluß wirtschaftlicher Zwänge

Daß in der Medizin nicht mehr alles bezahlbar ist, was machbar ist, wird heute wohl kaum noch bestritten. Budgetierungen für Ärzte und Krankenhäuser beschränken die Möglichkeiten der ärztlichen Behandlung. Die Frage ist, inwieweit das Wirtschaftlichkeitsgebot zu einer Herabsetzung ärztlicher Sorgfaltspflichten führt. Auf der einen Seite kann man von Ärzten schlecht eine Behandlung verlangen, die sie aus Kostengründen nicht erbringen sollen. Auf der anderen Seite darf der Arzt seinem Patienten eine absolut indizierte Therapie nicht verweigern, nur weil er sein entsprechendes Budget vor dem nahenden Jahresende schon ausgeschöpft hat.¹⁹⁵ Hier gilt es einen Mittelweg zu finden, der den Interessen des Patienten wie des Arztes Rechnung trägt. Dabei ist es eine alte Erkenntnis, daß die Erforderlichkeit der Sorgfalt auch von gesamtwirtschaftlichen Erwägungen bestimmt wird. Nach einer Formel des berühmten amerikanischen Richters Judge Learned Hand sind gegeneinander abzuwägen die Wahrscheinlichkeit und Intensität des Schadens auf der einen und die Zumutbarkeit der Vorsichtsmaßnahmen sowie der Nützlichkeit des Verfahrens auf der anderen Seite.¹⁹⁶ Also nicht Sicherheit um jeden Preis, sondern Sicherheit zu einem zumutbaren Preis wird gefordert.

Dem hat die Rechtsprechung auch bis in die letzten Jahre hinein Rechnung getragen. Typisch ist etwa eine vom BGH nicht zur Revision zugelassene Entscheidung des OLG Oldenburg aus dem Jahre 1993.¹⁹⁷ Danach muß bei einer Dilatation der Nierenarterie nicht stets ein Stand-by-team zur Operation bereitstehen, wenn das Risiko von Komplikationen sich in dem normalen relativ niedrigen Rahmen bewegt. Der BGH selbst ist in einer Entscheidung aus dem Jahre 1987 davon ausgegangen, daß Kapazitätsbeschränkungen, die eine rechtzeitige Fruchtwasseruntersuchung zur Feststellung von Trisomie nur für Frauen über 38

¹⁹³ BGHZ 88, 248.

¹⁹⁴ BGH NJW 1986, 776.

¹⁹⁵ *Deutsch*, VersR 1998, 261, 265; *Rumler-Detzel*, VersR 1998, 546; *Steffen*, MedR 1995, 190 f.

¹⁹⁶ *United States v. Carrol Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (1947).

¹⁹⁷ OLG Oldenburg VersR 1995, 49.

Jahre erlauben, als Faktum zu akzeptieren sind.¹⁹⁸ Das bedeutet, daß jüngere Mütter, bei denen die Untersuchung verweigert wird, dies entschädigungslos hinnehmen müssen.¹⁹⁹ Auch hat der BGH wiederholt betont, daß für Allgemeinkrankenhäuser nicht die gleichen personellen, räumlichen und apparativen Standards gelten wie für eine Universitäts- oder Spezialklinik.²⁰⁰

Der niedrigere Standard muß dann freilich bei Patienten mit besonderen und höheren Risiken dadurch kompensiert werden, daß Ihnen die Möglichkeit der besseren und sichereren Behandlung durch entsprechende Aufklärung und Weiterüberweisung eröffnet wird. Ärzte in schlechter ausgestatteten Häusern müssen deshalb immer wieder prüfen, ob sie die Behandlung wirklich übernehmen können und ob nicht im konkreten Fall das Risiko bei ihrer Ausstattung oder Qualifikation zu hoch ist.²⁰¹ Versäumen Sie dies, so haften sie wegen Übernahmeverschuldens.

Allerdings sind die Grenzen hier nicht immer leicht zu ziehen, wobei die Elektrokoagulationsentscheidung des BGH aus dem Jahre 1987²⁰² ein gutes Beispiel bildet: Die Klägerin ließ sich im Anschluß an einen medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch in einer Landesfrauenklinik sterilisieren. Die dafür vorgenommene Elektrokoagulation erfolgte mit sogenanntem monopolem Hochfrequenzstrom, während in anderen Kliniken bereits Koagulatoren mit bipolarem Hochfrequenzstrom verwendet wurden, bei denen das Risiko von Darmverletzungen deutlich geringer war. Der BGH hat in der Weiterverwendung des alten bis zum Eintreffen des neuen, bereits bestellten Geräts keinen Behandlungsfehler gesehen, und ebensowenig hat er die Krankenhausärzte für verpflichtet gehalten, die Patientin von sich aus, also ohne deren Nachfrage, über die Möglichkeit einer späteren oder in einer anderen Klinik vorzunehmenden Behandlung mit dem neueren Gerät aufzuklären. Letzteres hat er vor allem damit begründet, daß die Patientin grundsätzlich über das unvermeidbare Risiko einer Darmverletzung aufgeklärt war, und die Verbesserung nur in der Verringerung der Komplikationsrate bestand, die ohnehin im Promillebereich lag.²⁰³ Daß hier auch die Aufklärungspflicht verneint wurde, läßt sich vielleicht mit dem Bestreben erklären, durch sie nicht mittelbar doch wieder den höchsten Standard zum allgemeinen zu erheben, muß man doch

¹⁹⁸ BGH NJW 1987, 2923.

¹⁹⁹ Steffen/Dressler^β, Rn. 140.

²⁰⁰ BGHZ 102, 17, 24; BGH NJW 1988, 1511; 1988, 2321; 1994, 1596.

²⁰¹ Steffen/Dressler^β, Rn. 141.

²⁰² BGHZ 102, 17.

befürchten, daß jeder halbwegs verständige Patient den Hinweis auf die bessere Ausstattung des Nachbarkrankenhauses als Aufforderung versteht, sich besser dorthin zu begeben. Es wäre deshalb sicher verfehlt, alle Kreiskrankenhäuser zu verpflichten, spontan jeden Patienten über die vielleicht besseren Behandlungsmöglichkeiten näherer oder fernerer Universitätskliniken aufzuklären.²⁰⁴ Dagegen kann gegenüber Patienten mit aufschiebbaren Behandlungen durchaus die Information auf bereits konkret in Aussicht stehende Modernisierungen verlangen, und in dieser Hinsicht ist die erwähnte BGH-Entscheidung m.E. zu Recht kritisiert worden.²⁰⁵

4. Bedeutung von Leitlinien

Ein weiterer Punkt, über den in letzter Zeit viel diskutiert wird,²⁰⁶ ist die Bedeutung sog. Leitlinien für die Frage des Verschuldens. Solche Leitlinien werden zunehmend von den einzelnen medizinischen Fachgesellschaften erlassen und dienen der Qualitätssicherung und Qualitätsverbesserung ärztlichen Handelns. Sie sind keine Rechtsnormen. Verstöße gegen sie führen also nicht zur Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB. Auf der anderen Seite spielen sie natürlich bei der Frage nach dem Sorgfaltsverstoß eine Rolle, stellen sie doch abstrakte ärztliche Handlungsanweisungen und gewissermaßen antizipierte Fachgutachten dar.²⁰⁷ Gleichwohl ist nicht jede Abweichung sorgfaltswidrig; denn den abstrakten Patienten gibt es nicht, d.h. das richtige ärztliche Handeln wird primär durch das Krankheitsbild des konkreten Patienten bestimmt, und je mehr die Richtlinien darauf abstellen, desto weniger Verbindlichkeit entfalten sie. Anders ist es, soweit sie allgemeine, vom individuellen Patienten unabhängige Gefahrsteuerungsgebote enthalten, also z.B. Regeln für die Zusammenarbeit der Anaesthesisten mit den Chirurgen oder Gynäkologen festlegen²⁰⁸ oder generelle Hygiene- und Sterilitätsanforderungen

²⁰³ BGHZ 102, 17, 27.

²⁰⁴ Vgl. *Pflüger*, MedR 2000, 6, 8 f.; a.A. *Hart*, MedR 1999, 47, 49; *Giesen*, Arzthaftungsrecht⁴, Rn. 216, 219; *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 1994, S. 190 ff.

²⁰⁵ *Giesen*, JZ 1988, 414.

²⁰⁶ *Ulsenheimer*, Leitlinien, Richtlinien, Standards-Risiko oder Chance für Arzt und Patient, BayÄBl. 1998, 151 ff.; *Hart*, Ärztliche Leitlinien. Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen, MedR 1998, 8 ff.; *Ratzel*, Leitlinien, Richtlinien, Standards, Der Chirurg, 2000, 29 ff.; *NagelFuchs* (Hrsg.), Leitlinien und Standards im Gesundheitswesen. Fortschritt in sozialer Verantwortung oder Ende der Therapiefreiheit, 1997.

²⁰⁷ Vgl. *Hart*, MedR 1998, 8, 12f.; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*², § 5 Rn. 11; *Steffen*, Die haftungsrechtliche Bedeutung der Qualitätssicherung, in: Festschrift für *Deutsch*, 1999, S. 799, 809.

²⁰⁸ *Ratzel*, Der Chirurg 2000, 29, 33.

statuieren. Hier begründet der Verstoß zumindest eine Vermutung für die Sorgfaltswidrigkeit, die der Arzt nur durch die Berufung auf einen – von ihm zu beweisenden – Ausnahmefall widerlegen kann.

5. Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen

Dieser Fragestellung verwandt ist die nach der Anwendung von Außenseitermethoden und Neulandbehandlungen. Der BGH hat die Anwendung nicht allgemein anerkannter Therapieformen und sogar ausgesprochen paraärztliche Behandlungsformen aufgrund der ärztlichen Methodenfreiheit für grundsätzlich erlaubt erklärt.²⁰⁹ Jedoch muß der Patient darüber aufgeklärt werden, daß es sich um umstrittene oder noch im Versuchsstadium befindliche Maßnahmen handelt, und welches die herkömmlichen Alternativen sind. Die Information über die Vorteile und Risiken beider Verfahren muß um so eingehender sein, je weniger gesichert die Indikation ist.²¹⁰ Natürlich ist die Methodenfreiheit selbst gegenüber aufgeklärten Patienten kein Freibrief für Scharlatanerie, wie schon das Reichsgericht feststellte.²¹¹ Selbst ein Heilpraktiker muß jedenfalls Anhaltspunkte für die Wirksamkeit seiner Behandlung haben.²¹² Aber die Anforderungen sind hier nicht besonders hoch.

6. Beweislastverteilung für Behandlungsfehler

Die Beweislast für den Behandlungsfehler, für den Schaden und für den Kausalzusammenhang obliegt grundsätzlich dem Patienten.²¹³ Obwohl der Patient weniger Einblick in den Schädigungsvorgang hat als der Arzt, wird diese Grundregel allgemein für berechtigt gehalten, weil anderfalls der Arzt bei mangelnder Aufklärbarkeit für den Behandlungserfolg haften würde.²¹⁴ Das wäre, da der Patient durch die Erkrankung die Schadensanlage mitbringt²¹⁵ und der menschliche Organismus nicht voll berechen- und beherrschbar ist, nicht gerechtfertigt. Den

²⁰⁹ BGH NJW 1991, 1536.

²¹⁰ Steffen/Dressler⁸, Rn. 176.

²¹¹ RGSt 67, 12, 22.

²¹² OLG München VersR 1991, 471, 472.

²¹³ S. zuletzt BGH VersR 1999, 60; NJW 1995, 1618; 1994, 1594; 1991, 1540; 1991, 1541.

²¹⁴ Steffen/Dressler⁸, Rn. 492.

Interessen des Patienten wird dadurch Rechnung getragen, daß unter bestimmten Voraussetzungen Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr gewährt werden.

a) Eine wichtige Rolle spielt wie im gesamten Haftungsrecht der prima-facie-Beweis²¹⁶. Beruht der bei einem Patienten eingetretene Schaden nach medizinischer Erfahrung typischerweise auf einem Behandlungsfehler, so spricht eine tatsächliche Vermutung sowohl für einen solchen Fehler als auch für dessen Kausalität. Es ist dann Sache des Arztes, diese Vermutung auszuräumen. Im Arztrecht ist diese Beweisregel seit langem angewandt worden, wenn bei einer Operation Fremdkörper wie z.B. Tupfer im Operationsgebiet zurückgeblieben waren.²¹⁷ In neuerer Zeit wurde sie zum einen herangezogen, wenn Entzündungen kurz nach einer Injektion oder Punktion aufgetreten waren.²¹⁸ Zum andern hat der BGH den Anscheinsbeweis bei einer HIV-Infektion bejaht, wenn feststeht, daß die Blutspende von einem infizierten Spender stammt und der Empfänger keiner sog. Risikogruppe angehört.²¹⁹ Steht der Spender nicht fest, greift der Anscheinsbeweis dagegen nicht.²²⁰

b) Eine spezifisch dem Arzthaftungsprozeß entsprungene Beweiserleichterung ist die bei groben Behandlungsfehlern. Solche liegen insbesondere vor bei Verstößen gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder elementare Erkenntnisse der Medizin sowie bei Fehlern, die aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich sind, weil sie einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen dürfen.²²¹ Zunächst führten derartige Fehler nach der Rechtsprechung zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität, d.h. der Arzt bzw. das Krankenhaus mußten nachweisen, daß der Fehler nicht für den Tod oder den Gesundheitsschaden des Patienten ursächlich war.²²²

Inzwischen differenziert der BGH jedoch stärker und gewährt "Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr."²²³ Damit will er sicherstellen, daß auch die Schadenseignung des ärztlichen Fehlverhaltens berücksichtigt wird, und die Beweislastumkehr ausschließen, wenn der Kausalzusammenhang ganz

²¹⁵ BGH LM § 286 (C) ZPO Nr. 25; NJW 1980, 1333; *Laufs*, Arztrecht⁵ Rn. 425; *Schramm*, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, 1992, S. 255.

²¹⁶ S. dazu *Lepa*, Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht, in: Festschrift für *Deutsch*, 1999, S. 635 ff.

²¹⁷ BGHZ 4, 132; BGH VersR 1981, 462, 463; OLG Köln VersR 1988, 140.

²¹⁸ OLG Hamm VersR 1988, 807; OLG Düsseldorf VersR 1991, 1136; *anders* dagegen OLG Köln NJW 1999, 1750 f.

²¹⁹ BGHZ 114, 284.

²²⁰ OLG Düsseldorf VersR 1996, 1240; 1998, 461.

²²¹ BGHZ 138, 1 m.w.Nachw.; BGH NJW 1999, 862; *Steffen/Dressler*^β, Rn. 522 m. Nachw.; *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 422.

²²² BGHZ 72, 132, 133 f.; BGH NJW 1967, 1508.

²²³ BGHZ 85, 212, 215; BGH NJW 1988, 2949, 2950; 1992, 754.

unwahrscheinlich ist.²²⁴ Auch verbleibt es bei der Beweislast des Patienten, wenn er selbst durch ein schwer schuldhaftes Verhalten in gleicher Weise dazu beigetragen hat, daß die Schadensursache nicht mehr festgestellt werden kann.²²⁵ Das ist konsequent, liegt der Grund für die Beweislastumkehr doch darin, daß der Arzt durch sein grob fehlerhaftes Handeln die potentiellen Schadensursachen vermehrt und dadurch die unaufklärbare Sachlage herbeigeführt hat. Umgekehrt ist es aber auch folgerichtig, wenn der BGH es für diese Umkehr genügen läßt, daß der grobe Fehler des Arztes zur Mitverursachung geeignet war, auch wenn die Alleinverursachung äußerst unwahrscheinlich ist. Dafür steht z.B. ein Urteil aus dem Jahre 1996, in dem es um Geburtsschäden ging.²²⁶ Der grobe Behandlungsfehler lag darin, daß trotz des hochkritischen Kindeszustandes eine Zangengeburt statt des eindeutig indizierten Kaiserschnitts durchgeführt wurde. Daß das Kind nicht schon vorgeschädigt war, war höchst unwahrscheinlich, nicht aber daß das fehlerhafte Vorgehen zu dessen Gesundheitsschäden beitrug. Sofern sich die bereits vorhandenen Schäden nicht von den durch die fehlerhafte Geburt herbeigeführten trennen lassen, eine quantitative Zerlegung also unmöglich ist, tragen Arzt und Krankenhaus im vollen Umfang die Beweislast dafür, welchen Teil der Schäden sie nicht verursacht haben.

c) Der dritte Grund für Beweiserleichterungen sind Mängel bei der Befunderhebung und Befundsicherung. Erstere liegen vor, wenn bestimmte notwendige Untersuchungen wie z.B. die des Augenhintergrundes bei einer Augenerkrankung²²⁷, die des Kreatininwertes bei Nierenblutungen²²⁸ oder ein Abstrich bei einer Wundheilungsstörung²²⁹ nicht vorgenommen wurden. Letztere, also die Befundsicherung ist mangelhaft, wenn Eintragungen über wesentliche Maßnahmen in den Krankenblättern nicht erfolgt sind²³⁰, wenn Röntgenaufnahmen nicht mehr auffindbar sind²³¹ oder ein Original-EKG verloren geht.²³² Allerdings führen diese Mängel, wie der BGH in den letzten Jahren deutlicher als früher²³³ betont, nicht direkt zu einem Schluß auf die Ursächlichkeit für den Schaden des Patienten. Unmittelbare

²²⁴ BGH NJW 1988, 2949, 2950.

²²⁵ KG VersR 1991, 926; *OLG Braunschweig*, VersR 1998, 459, beide mit Nichtannahmebeschlüssen des BGH.

²²⁶ BGH NJW 1997, 796. Diese Rechtsprechung wird fortgeführt vom BGH NJW 2000, 2737 und dort auch auf grobe Behandlungsfehler einer Hebamme erstreckt. Ebenso für die Mitursächlichkeit BGH NJW 2000, 2741.

²²⁷ BGH NJW 1998, 1780.

²²⁸ BGH NJW 1999, 860.

²²⁹ BGH NJW 1999, 3408.

²³⁰ BGH VersR 1986, 788.

²³¹ BGH NJW 1996, 779.

²³² BGHZ 132, 47.

²³³ Die Eingrenzung erfolgt insbes. gegenüber BGHZ 99, 391.

Folge ist nur die Unterstellung eines bestimmten positiven Befundergebnisses, wenn dieses hinreichend wahrscheinlich war.²³⁴ Ist aber dieser wahrscheinliche Befund so deutlich und gravierend, daß eine Verkennung sich als fundamental fehlerhaft darstellt, oder ist die Unterlassung der Untersuchung wie z.B. die des Augenhintergrundes ein grober ärztlicher Fehler, dann können sich Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr doch wieder auf die Kausalität für den Gesundheitsschaden erstrecken.²³⁵

d) Ein vierter Grund für eine Beweislastumkehr findet sich in der Rechtsprechung zur Anfängeroperation. Ein Arzt, der sich noch in der Ausbildung befindet, darf chirurgische Eingriffe nur unter Assistenz eines Facharztes durchführen. Nimmt er die Operation selbständig vor oder ist der aufsichtsführende Arzt noch nicht Facharzt, so liegt darin ein als Behandlungsfehler zu bewertender Organisationsmangel. Erleidet der Patient bei der Operation einen Gesundheitsschaden wie z.B. bei einer Darmoperation die Verletzung der Blase oder bei einer Lymphknotenentfernung die Verletzung eines Nervs, so trifft die Beweislast dafür, daß dies nicht auf der mangelnden Qualifikation des Operateurs beruht, den Krankenhausträger und die für die Operationseinteilung verantwortlichen Ärzte.²³⁶

7. Schadensersatz und Schmerzensgeld

a) Ersatz materieller Schäden

Der materielle Schaden wird im deutschen Recht nach der sog. Differenzhypothese bestimmt. Er ergibt sich aus der Differenz zwischen der tatsächlich eingetretenen Vermögenslage und der Vermögenslage, die ohne das schädigende Ereignis – hypothetisch – bestehen würde²³⁷.

b) Ersatz immaterieller Schäden

Immaterielle Schäden werden nach deutschem Recht nur als Schmerzensgeld im

²³⁴ BGHZ 132, 47; BGH NJW 1999, 860, 861.

²³⁵ BGHZ 132, 47; BGH NJW 1998, 1780; 1998, 1782, 1784; 1999, 860, 861; 1999, 3408, 3410 f.

²³⁶ BGHZ 88, 248; BGH NJW 1992, 1560; 1998, 2736, 2737; für die Anaesthesie BGH NJW 1993, 2989.

Rahmen des Deliktsrechts bei Verletzungen des Körpers oder der Freiheit gem. § 847 BGB oder bei erheblichen Verletzungen des Persönlichkeitsrechts ersetzt. Alle sonstigen Ansprüche beschränken sich auf den Ersatz materieller Schäden, § 253 BGB.

Das nach deutschem Recht gewährte Schmerzensgeld verfolgt nach herkömmlicher Auffassung eine doppelte Zielsetzung²³⁸: Einerseits bezweckt es den Ausgleich von Schäden, indem es den Anspruchsinhaber in die Lage versetzt, sich als Ausgleich für die Verletzung andere Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen. Andererseits hat es in Fällen schweren Verschuldens die Funktion, dem Betroffenen eine wirkliche Genugtuung zu verschaffen, die ihrerseits im übrigen von einer zusätzlichen Bestrafung des Täters nicht berührt wird²³⁹. Beides war problematisch in einem Fall, in dem ein Kind, das aufgrund eines ärztlichen Behandlungsfehlers bei der Geburt einen schweren Hirnschaden mit weitgehendem Verlust der Wahrnehmungs- und Empfindungsfähigkeit erlitten hatte, auf Schmerzensgeld klagte. Der BGH teilte hier die Auffassung der Vorinstanz, daß die überkommenen Funktionen des Schmerzensgeldes aufgrund der erheblichen Einschränkungen des Klägers weitgehend nicht erreicht werden könnten, sah jedoch gleichwohl in der Einbuße der Persönlichkeit und dem Verlust an personaler Qualität schon für sich einen auszugleichenden immateriellen Schaden²⁴⁰.

c) Sonderfälle

aa) Familienplanungsschäden bei der Geburt eines gesunden Kindes

In der Bundesrepublik hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zum sog. Familienplanungsschaden ausgebaut und präzisiert. Bis Anfang der 80er Jahre war lediglich entschieden, daß die mißlungene Sterilisation einer Frau bei anschließender Geburt eines nicht geplanten, gesunden Kindes einen Anspruch der Mutter bzw. der Eltern gegen den fahrlässig handelnden Arzt auslöst²⁴¹. In der Höhe orientiert sich dieser – unabhängig von den Lebensverhältnissen der Familie – am Mindestregel-

²³⁷ *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 267; *Palandt-Heinrichs*, *BGB*⁵⁹, Vorbem. v. § 249 Rn. 8.

²³⁸ Vgl. dazu BGHZ 18, 149 (154); *Deutsch/Schreiber*, in *Medical Responsibility*, S. 255 Rn. D 99; *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 268.

²³⁹ BGH, NJW 1995, 781, 782; NJW 1996, 1591.

²⁴⁰ BGHZ 120, 1, 7; vgl. dazu *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 269.

²⁴¹ BGHZ 76, 249.

unterhalt²⁴². Gegen Mitte der 80er Jahre hat der Bundesgerichtshof diese Entscheidungspraxis erstmals auch auf die parallel gelagerten Fälle der fehlerhaften Schwangerschaftsberatung²⁴³ und des fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbruchs²⁴⁴ angewendet. Das Gericht blieb damit auf seiner bisherigen Linie, Unterhaltsverpflichtungen der Eltern gegenüber dem neugeborenen Kind als haftungsrechtlich relevanten Schaden aufzufassen.

Diese Betrachtungsweise wurde vom 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruches kritisiert, weil sie der verfassungsrechtlichen Verpflichtung aller staatlichen Gewalt aus Art. 1 I GG zur Achtung der Menschenwürde zuwiderlaufe, derzufolge jeder Mensch in seinem Dasein und um seiner selbst willen zu achten sei²⁴⁵. Der Bundesgerichtshof überprüfte daraufhin in mehreren Entscheidungen²⁴⁶ seine bisherige Praxis, schränkte sie aber zunächst nur dahin ein, daß allein bei rechtmäßigem, nicht bei lediglich straffreiem Schwangerschaftsabbruch ein vertraglicher Schadensersatzanspruch bestehe²⁴⁷. Im übrigen hat der erkennende Senat den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts keine Bindungswirkung beigemessen und infolgedessen seinen Standpunkt aufrecht erhalten, Unterhaltspflichten für Kinder nach wie vor als Schaden im Rechtssinne anzusehen. Diese Rechtsprechung hat der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung vom 12.11.1997 gebilligt²⁴⁸. Daneben hat die Frau einen Anspruch auf den Ersatz ihrer mit der Schwangerschaft verbundenen immateriellen Schäden, das heißt ihrer psychischen und physischen Belastungen²⁴⁹. Inzwischen hat der BGH noch eine weitere Einschränkung vorgenommen. Danach bildet der Unterhalt nur dann einen ersatzpflichtigen Schaden, wenn der Schutz vor wirtschaftlichen Belastungen Gegenstand des Behandlungs- oder Beratungsvertrages war.²⁵⁰ In dem zu entscheidenden Fall hat er dies verneint, weil die Schwangerschaftsuntersuchung, die unzulänglich vorgenommen worden war, dem Ausschluß von Gefährdungen bei einer in Aussicht genommenen orthopädischen Operation diene, nicht aber gezielt auf die Verhinderung einer Geburt gerichtet war. Dies liegt auf einer Linie mit

²⁴² BGHZ 76, 259.

²⁴³ BGHZ 89, 95.

²⁴⁴ BGH NJW 1985, 671 m. zust. Anm. *Deutsch*.

²⁴⁵ BVerfG NJW 1993, 1751, 1764.

²⁴⁶ BGHZ 124, 128, 136 ff.; BGH NJW 1995, 1609 f.; 1995, 2407, 2409 f.

²⁴⁷ BGH NJW 1995, 1609. Kritisch dazu jüngstens *Backhaus*, MedR 1996, 201.

²⁴⁸ BVerfG NJW 1998, 519. Zustimmung *Deutsch*, NJW 1998, 510. Kritisch *Laufs*, NJW 1998, 796 f.; *Stürner*, JZ 1998, 317 ff.

²⁴⁹ OLG Oldenburg NJW 1996, 2432, 2433 mit Hinweis auf BVerfG NJW 1993, 1751, 1763 f.

²⁵⁰ BGH NJW 2000, 1782 m.zust. Bespr. *Gehrlein*, NJW 2000, 1771 f.

instanzgerichtlichen Entscheidungen, die die Unterhaltsaufwendungen aus dem Schutzbereich des Behandlungsvertrages ausklammern, wenn die gynäkologische Untersuchung anderen Beschwerden diene²⁵¹ oder die Sterilisation bzw. Abtreibung aufgrund medizinischer Indikation erfolgen sollte.²⁵²

Problematisch ist dies, wenn eine Schwangerschaft nach gezielter Untersuchung fehlerhaft verneint wird, weil die Patientin dann keinen Anlaß hat, auf die ungewollten Belastungen hinzuweisen oder über diese auch nur nachzudenken. Bestehen wie in dem jetzt vom BGH entschiedenen Fall naheliegende Gründe dafür, daß die Eltern ein Kind wegen der eigenen gesundheitlichen und wirtschaftlichen Situation möglicherweise nicht wollen, so sollte dies genügen, um die daraus resultierenden Belastungen in den Schutzbereich des auf die Schwangerschaftsfeststellung gerichteten Vertrages einzubeziehen. Auf jeden Fall muß ein Gynäkologe, der dabei nicht einmal einen Schwangerschaftstest durchführt, in Anspruch genommen werden können.²⁵³

bb) Nachkommenschaftsschäden

Die typische Konstellation in der Fallgruppe der sog. Nachkommenschaftsschäden ist der unterlassene oder mißglückte Schwangerschaftsabbruch aufgrund eines ärztlichen Beratungs- oder Behandlungsfehlers und die anschließende Geburt eines schwer geschädigten Kindes. Hier stellt sich die Frage, ob und in welcher Höhe zum einen die Eltern oder zum anderen das Kind selbst Ansprüche gegen den fehlerhaft handelnden Arzt geltend machen können.

Der Bundesgerichtshof hatte bereits 1983 entschieden, daß die Eltern den durch die Behinderung bedingten Mehraufwand des Kindes vom Arzt begehren können, dem Kind demgegenüber kein eigener Anspruch zusteht²⁵⁴, und kurz darauf zu der zunächst noch offengebliebenen Frage Stellung bezogen, ob sich die Ansprüche der Eltern hierauf beschränken²⁵⁵ oder der gesamte Kindesunterhalt vom Arzt zu tragen ist. Die Entscheidung fiel zugunsten der letztgenannten Variante, weil die Mutter das geschädigte Kind nach Überzeugung der Richter bei Kenntnis des Untersuchungser-

²⁵¹ OLG Düsseldorf NJW 1995, 1620, 1621; OLG Naumburg, VersR 1999, 1244, 1245.

²⁵² OLG Zweibrücken VersR 1997, 1009, 1010; vgl. auch schon BGH NJW 1985, 2749, 2751 f.

²⁵³ In BGH NJW 2000, 1782, 1784, wird die Haftung des Trägers der orthopädischen Klinik verneint, was m.E. zutreffend ist, weil der als Konsiliararzt hinzugezogene Gynäkologe nach Grundsätzen, die der BGH in einer anderen Entscheidung entwickelt hat (NJW 1999, 2731), nicht als Erfüllungsgehilfe der orthopädischen Klinik tätig wurde, sondern aus eigenem Verschulden wegen der von ihm übernommenen diagnostischen Tätigkeit haften sollte.

²⁵⁴ BGHZ 86, 240; dagegen *Deutsch*, JZ 1983, 451; *ders.*, *Arztrecht*², S. 132.

gebnisses nicht zur Welt gebracht hätte²⁵⁶.

In einem 1994 vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall²⁵⁷ ging es um die Klage eines Elternpaares gegen einen Arzt, der sie in ihrem Verdacht einer eigenen fehlerhaften genetischen Disposition fehlerhaft beraten hatte, woraufhin sie – nach Ausräumung ihrer Bedenken durch den Arzt – ein Kind mit den schon befürchteten körperlichen und geistigen Behinderungen zeugten (sog. wrongful conception²⁵⁸). Der Bundesgerichtshof hielt die Ansprüche der Eltern für berechtigt, weil sie bei richtiger und vollständiger Beratung von der Zeugung des Kindes abgesehen hätten²⁵⁹. Auch das ist vom 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung vom 12.11.1997 für verfassungskonform erklärt worden²⁶⁰.

cc) Pränatale und perinatale Schädigungen

Der Bundesgerichtshof hat den Schutz des Deliktsrechts schon in einem Urteil aus dem Jahr 1952 auch solchen Menschen zuerkannt, die durch eine Verletzung der Mutter noch vor der eigenen Zeugung einen Schaden erlitten haben²⁶¹. Im konkreten Fall wurde die Mutter durch eine Blutübertragung in einem Krankenhaus fahrlässig mit Lues infiziert. Das etwa vier Monate später gezeugte Kind kam entsprechend mit angeborener Lues zur Welt und klagte mit Erfolg. Dementsprechend stehen deliktische Ansprüche auch Neugeborenen zu, die als nasciturus geschädigt wurden²⁶².

²⁵⁵ Dafür *Deutsch*, JZ 1983, 451, 451 f.; *ders.*, *Arztrecht*², S. 132; *Grunsky*, JZ 1986, 170, 171 f.

²⁵⁶ BGHZ 89, 95, 104 f.

²⁵⁷ BGHZ 124, 128.

²⁵⁸ Vgl. *Deutsch*, NJW 1994, 776 mit Verweis auf die amerikanische Judikatur.

²⁵⁹ BGHZ 124, 128, 145 f.

²⁶⁰ BVerfG NJW 1998, 519. S.o. Fn. 248.

²⁶¹ BGHZ 8, 243, 248 f.

²⁶² BGHZ 58, 48, 49; BGH NJW 1989, 1538, 1539.

III. Verantwortung und Haftung im Hinblick auf Personen, Geräte und Produktverwendung im Rahmen eines arbeitsteiligen Behandlungsvorgangs

1. Haftung der Klinik für Personal/Eigenhaftung

Von Bedeutung ist auch hier die generelle Unterscheidung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung. In Deutschland kommt neben der Haftung aus Vertrag²⁶³ die Haftung für eigenes und diejenige für fremdes Verschulden aus den §§ 831 und 278 BGB als deliktische und vertragliche Haftung zur Anwendung²⁶⁴. Als Sonderfälle der deliktischen Haftung treten die Organhaftung gem. § 31 BGB und die Beamtenhaftung nach § 839 BGB iVm. Art. 34 GG hinzu.

Charakteristisch sind dabei die wenig ausgeprägten gesetzlichen Regeln, die viel Raum für die richterliche Rechtsfortbildung lassen, welche zu einer facettenreichen Kasuistik geführt hat²⁶⁵.

a) Die Haftung für Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB ist verschuldensunabhängig. Die allgemeine Definition des Erfüllungsgehilfen²⁶⁶ hat in jüngerer Zeit durch Literatur und Rechtsprechung weitere Konkretisierung erfahren: Negativ abgegrenzt ist dabei Gehilfe stets, wer nicht selbst Vertragspartner ist, also kein eigenes Liquidationsrecht hat²⁶⁷, somit im Regelfall der stationären Aufnahme mit einheitlichem Krankenhausvertrag alle Ärzte, Schwestern, Pfleger oder andere Hilfspersonen²⁶⁸ unterhalb der Leitungsebene. Als solche ist auch eine freiberuflich tätige Hebamme angesehen worden, soweit Handlungen betroffen waren, die nach Übernahme der Geburtsleitung durch einen Arzt vorgenommen wurden²⁶⁹. Auch der Urlaubsvertreter

²⁶³ Dazu ausführlich *Büsken/Klüglich*, Die Krankenhausbehandlung: Haftungssystem und innerbetrieblicher Schadensausgleich, VersR 1994, 1141 ff.

²⁶⁴ Auch wenn sich beide angenähert haben, ist die Unterscheidung bedeutsam, vgl. *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts (1992), § 97, Rn. 9 ff. Ebenso war die Rechtslage in der DDR, vgl. *Kern/Schaefer*, MedR 1996, 452 f., die das dortige Modell aber u. a. wegen der Zweispurigkeit der Haftung als nicht praktikabel ansehen. Anders für Teilbereiche *Macke*, in FS Steffen, 288, 301 f.

²⁶⁵ So *Laufs*, NJW 1996, 2413, der betont, daß die Rechtsprechung dabei dem Gedanken des Patientenschutzes gerecht geworden sei. Teilweise diene sie der ausländischen Rechtsprechung als Vorbild; so *Giesen*, in FS Steffen, 159, 160 ff.

²⁶⁶ Siehe nur Palandt-*Heinrichs*, BGB⁵⁹, § 278 Rn. 7.

²⁶⁷ Vgl. *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 251.

²⁶⁸ Siehe *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 559.

²⁶⁹ Vgl. BGHZ 129, 6 = NJW 1995, 1611. Kritisch dazu *Knut Müller*, MedR 1996, 208, 209 f., der die Entscheidung für rechtsfehlerhaft hält, da hier eine der Hebamme originär obliegende Handlung (Blutdruckmessen) fehlerhaft von dieser vorgenommen worden war.

eines niedergelassenen Arztes ist dessen Erfüllungsgehilfe²⁷⁰. Keine Gehilfen sind hingegen der niedergelassene Arzt, der Chefarzt in der von ihm betriebenen Ambulanz²⁷¹ oder bei stationärer Behandlung der selbst liquidierende Belegarzt²⁷². Auch bei Überweisung des Patienten an den Arzt eines anderen Fachgebiets wird der Vertrag mit dem Erstbehandelnden beendet und ein neuer mit dem zweiten Arzt geschlossen, so daß dieser nicht bloßer Erfüllungsgehilfe ist²⁷³.

Einen Sonderfall bilden die Privatversicherten und die Patienten eines Belegarztes. Hier hält der BGH an seiner Rechtsprechung vom Regelmodell des Arzt-Zusatzvertrages fest²⁷⁴, bei dem auch der Krankenhausträger die ärztliche Behandlung schuldet und haftet, da der Chefarzt Erfüllungsgehilfe desselben ist. Ausschlaggebender Gedanke für den BGH ist dabei, daß der Patient den Krankenhausträger nicht aus seinen Pflichten entlassen möchte, sondern einen zusätzlichen Haftungsschuldner erwartet²⁷⁵. Das gespaltene Arzt-Krankenhaus-Verhältnis hingegen bleibt der Ausnahmefall, der nicht schon durch die Wahl zusätzlicher ärztlicher Wahlleistungen herbeigeführt werden kann²⁷⁶. Liegt dieses vor, kann die Haftung des Krankenhausträgers dennoch selbst für den ärztlichen Teil der Leistung bestehen bleiben, wenn ein Organisationsverschulden des Krankenhauses vorliegt²⁷⁷. Die Haftungsausschluß-Klausel des § 4 Ziff. 5 AVB-Stat. für das Krankenhaus kann daran nichts ändern, da sie § 3 AGBG widerspricht und somit nicht in den Vertrag einbezogen wird²⁷⁸. Der Chefarzt ist aber in seiner Ambulanz beim Privatpatienten alleiniger Vertragspartner und nicht nur Erfüllungsgehilfe, so daß hier der Krankenhausträger nicht haftet²⁷⁹.

Ebensowenig sind hinzugezogene Konsiliarärzte oder Pathologen, die Untersuchungen auf einem Gebiet vornehmen, für das der behandelnde Arzt nicht zugelassen ist, dessen Erfüllungsgehilfen, und folglich haften für deren Fehler weder der behandelnde Arzt noch der Krankenhausträger²⁸⁰. Schließen sich Ärzte mit gleicher Gebietsbezeichnung zu einer Gemeinschaftspraxis zusammen, so haftet

²⁷⁰ So OLG Düsseldorf VersR 1985, 370.

²⁷¹ So BGHZ 100, 363, 367 f.

²⁷² Vgl. *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 251; *Laufs*, NJW 1995, 1590 1596 m.w.N.

²⁷³ Siehe *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 557; siehe auch BGH VersR 1987, 1191.

²⁷⁴ Vgl. BGHZ 95, 63, 67 f.; zu diesen Problem auch *Laufs*, in *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts (1992), § 98 Rn. 9 und 7; zum Belegarzt außerdem *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 564.

²⁷⁵ So BGHZ 121, 107, 112.

²⁷⁶ Siehe *Kramer*, NJW 1996, 2398, 2399; der darüber hinaus die formularmäßige Spaltung des Vertrages und die damit einhergehende Spaltung der Haftung als Verstoß gegen § 9 AGBG ansieht: aaO. S. 2403.

²⁷⁷ So BGH MedR 1996, 466, 468 f., wenn unqualifiziertes Personal zwar nach Anweisung des Arztes tätig wird, das Krankenhaus wegen Kenntnis dieser Praxis aber dafür hätte sorgen müssen, daß ausreichend qualifiziertes zur Verfügung steht.

²⁷⁸ So BGHZ 121, 107, 111 ff.

²⁷⁹ Vgl. BGHZ 100, 363, 366 ff. Zur Haftung bei ambulanter Operation allgemein: *Kern*, NJW 1996, 1561.

jedes Mitglied für die Fehler des behandelnden Arztes.²⁸¹

b) Der deliktischen Haftung aus § 831 BGB liegt die Annahme zugrunde, daß der Übergeordnete (sei es die Klinik oder der einzelne Arzt) bei Auswahl und Überwachung nicht sorgfältig vorgegangen ist. Widerlegt werden kann diese Annahme durch den Entlastungsbeweis, daß entweder doch die erforderliche Sorgfalt eingehalten wurde oder durch den Nachweis, daß die Verletzung auch bei sorgfältiger Überwachung eingetreten wäre²⁸².

c) Nach § 31 BGB haftet das Krankenhaus auch für seine Organe²⁸³. Der Begriff der verfassungsmäßigen Vertreter (des Krankenhauses) wird von der Rechtsprechung streng ausgelegt, wenn es um die Haftung für den Chefarzt und auch für den Oberarzt als dessen Vertreter geht²⁸⁴; denn ein leitender Arzt handelt nach diesem Maßstab bei Vorliegen eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages stets als Organ; anders sieht es dagegen beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag aus²⁸⁵. Als Organ werden generell im Wege einer widerleglichen Vermutung von der Rechtsprechung auch die ärztlichen Leiter einzelner Fachbereiche der Klinik angesehen. Das Krankenhaus kann aber durch Darlegung seiner Organisationsstruktur diese Annahme entkräften²⁸⁶.

d) Ein Sonderfall liegt auch hinsichtlich der deliktischen Haftung des beamteten Arztes vor²⁸⁷. Hier haftet der Krankenhausträger nach § 839 BGB mit Art. 34 GG²⁸⁸. Hoheitliche Handlungen im Sinne dieser Vorschrift liegen aber nur bei Zwangsmaßnahmen oder bei Handlungen von Ärzten der Bundeswehr bzw. von Zivilärzten im Auftrag der Bundeswehr²⁸⁹, der Polizei oder eines Amts- bzw. Durchgangsarztes²⁹⁰ vor. Dabei legt die Rechtsprechung den Begriff des »Dritten« iSv. § 839 BGB weit aus: als solcher ist auch der Bekannte der Eltern eines geimpften Säuglings angesehen worden, der als besonders gefährdete

²⁸⁰ BGH NJW 2000, 1782, 1784; BGHZ 142, 126.

²⁸¹ BGHZ 142, 126.

²⁸² So *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 236; OLG Düsseldorf VersR 1986, 659; OLG Köln VersR 1987, 207.

²⁸³ Dazu *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 571 ff.; *Giesen*, Arzthaftungsrecht⁴, Rn. 24.

²⁸⁴ Siehe BGH NJW 1987, 2925; *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 574.

²⁸⁵ Vgl. *Büsken/Klüglich*, VersR 1994, 1141, 1145 m. w. N.

²⁸⁶ Vgl. BGH VersR 1987, 1040, 1041.

²⁸⁷ Im Bereich der vertraglichen Haftung ändert sich aber nichts.

²⁸⁸ Auch bei Behandlung von Patienten der stationären Privatbetten des Chefarztes, so OLG Köln, ArztR 1996, 7.

²⁸⁹ So BGH NJW 1996, 2431 f.

²⁹⁰ Dazu Bischoff, in FS Steffen, 57, 60.

Kontaktperson bezeichnet wird²⁹¹. Die Eigenhaftung des Beamten ohne Eingreifen der Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB kommt hier nur bei Vorliegen einer vorsätzlichen Amtspflichtverletzung in Betracht²⁹².

In der neueren Rechtsprechung werden vermehrt Fälle behandelt, die den Arzt in der Aus- und Weiterbildung betreffen. So hat der BGH entschieden, daß bei der Behandlung stets der Facharztstandard gewährleistet sein muß, hierbei sind die Anforderungen der Rechtsprechung zugunsten des Patienten streng²⁹³. In dem Fall einer Anfängernarkose etwa hat der BGH entschieden, daß hier die gleichen Regeln gelten wie sie für die Anfängeroperation²⁹⁴ entwickelt wurden. Zwar sei in diesem Bereich aus der Natur der Sache keine ständige Überwachung nötig, jedoch müsse sie in der (jeder) kritischen Phase gewährleistet sein, weil der Anfänger selbst das Risiko möglicherweise nicht erkennt²⁹⁵. Wird der Facharztstandard nicht durch Anleitung und Überwachung des Berufsanfängers erreicht, dann liegt ein Organisationsverschulden des Krankenhausträgers vor, für das er haftet. Dabei wird vermutet²⁹⁶, daß der Schaden des Patienten auf die mangelnde Erfahrung zurückzuführen ist, d. h. das Krankenhaus muß die Ursächlichkeit widerlegen²⁹⁷. Der in der Weiterbildung schon weit fortgeschrittene Arzt haftet aber selbst, wenn er bei Auftreten einer Komplikation nicht rechtzeitig einen erfahrenen Kollegen hinzuzieht²⁹⁸.

2. Haftung im Ärzteteam

Im Rahmen der horizontalen Arbeitsteilung zwischen Ärzten mehrerer Fachrichtungen wie z.B. zwischen Chirurg und Anaesthesist gilt der Grundsatz, daß sich der jeweilig behandelnde Arzt auf die fehlerfreie Mitwirkung seiner beteiligten Kollegen verlassen kann. Der Arzt hat demnach das Recht, solange keine offensichtlichen Qualifikationsmängel / Fehlleistungen erkennbar sind, auf die Kompetenz und gebotene Sorgfalt der beteiligten Kollegen anderer Fachgebiete zu

²⁹¹ Vgl. BGH NJW 1994, 3012, 3013.

²⁹² Siehe *Laufs*, *Arztrecht*⁵, Rn. 579 und *Büsken/Klüglich*, *VersR* 1994, 1141, 1147 f.

²⁹³ Vgl. BGH NJW 1994, 3008, 3009 und NJW 1992, 1560, 1561: Überwachung des Anfängers durch einen erfahrenen Arzt.

²⁹⁴ Siehe dazu *Laufs*, *Arztrecht*⁵, Rn. 524 m. w. N.

²⁹⁵ So im vorliegenden Fall bei der Umbettung eines intubierten Patienten, BGH NJW 1993, 2989, 2990 f.

²⁹⁶ Zu dieser Beweislastumkehr s. schon oben unter II. 6. d.

²⁹⁷ Siehe BGH a.a.O., S. 2991.

²⁹⁸ So OLG Düsseldorf *ArztR* 1996, 295, 297 f. bezüglich eines Arztes im letzten Jahr der Facharztausbildung bei einer (selten auftretenden) Uterusruptur.

vertrauen²⁹⁹ und haftet nicht für deren Fehler.

3. Haftung für Geräte

Arbeitet ein medizinisches Gerät fehlerhaft, dann haftet dessen Hersteller verschuldensabhängig nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung, d.h. er haftet für Konstruktions-, Instruktions-, Fabrikations- und Produktbeobachtungsfehler³⁰⁰. Wesentliche Bedeutung neben der verschuldensabhängigen Haftung für medizinische Geräte hat die verschuldensunabhängige Haftung des Produkthaftungsgesetzes. Die Regelungen der Gefährdungshaftung des Herstellers bzw. Importeurs eines Gerätes oder Produktes für Lebens-, Körper- oder Gesundheitsverletzungen, die auf einen Fehler des Gerätes/Produktes zurückzuführen sind, beruhen dabei auf den §§ 1, 4 PHG. Eine Entlastungsmöglichkeit sieht § 1 Abs. 2 PHG etwa für die Fälle vor, daß ein Gerät oder Produkt bei Inverkehrbringen noch nicht fehlerhaft war oder dem damaligen Stand von Wissenschaft und Technik entsprach, § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 5³⁰¹. Gerätefehler führen dagegen nicht zu einer objektiven Haftung des Arztes oder Krankenhauses, sondern nur zu einer Beweislastumkehr nach § 282 BGB³⁰², d.h. Arzt oder Krankenhaus müssen beweisen, daß das technische Versagen nicht von ihnen bzw. ihrem Personal verschuldet ist³⁰³.

4. Haftung für Blutprodukte (HIV-Infektion)

Neue Gefahren sind in jüngerer Zeit³⁰⁴ von der Übertragung des HIV-Virus ausgegangen und haben neue rechtliche Probleme gestellt. Die Gefährlichkeit der Viren und der durch sie hervorgerufenen Krankheit gebieten es, höchste

²⁹⁹ BGH NJW 1991, 1539.

³⁰⁰ S. *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 262.

³⁰¹ Dies beruht auf einer insoweit inhaltsgleichen Umsetzung der EG-Richtlinie, vgl. die Synopse bei *Taschner/Frietsch*, *ProdHG*², S. 1 ff.

³⁰² BGH NJW 1978, 584 f. = JZ 1978, 275 f. m. Anm. *Deutsch*, *Giesen*, *Arzthaftungsrecht*⁴, Rn. 375 ff. m. w. Nachw.

³⁰³ Eine generelle Beweislastumkehr lehnen Rechtsprechung und Literatur bisher ab; vgl. BGH NJW 1980, 1333; Laufs, NJW 1996, 2413, 2414, der die Erfolgshaftung für unvereinbar mit der Eigenart der Heilbehandlung hält und daher das Verschuldensprinzip deutlicher betont sehen möchte. Die Beweislastumkehr kann ausgeschlossen sein, wenn der zeitliche Abstand zwischen falscher und richtiger Behandlung nur kurz ist; so BGH NJW 1996, 2428, 2429 (obiter).

³⁰⁴ So ist etwa die Behandlung mit nicht virusinaktiviertem Faktor-8-Konzentrat im Jahr 1983, die zur HIV-Infektion führte, nicht als grober Behandlungsfehler angesehen worden; vgl. OLG Köln MedR 1996, 27, 30 m. Anm. *Hart*.

Anforderungen an die ärztliche Behandlung zu stellen, wie das auch von der deutschen Rechtsprechung erkannt wurde³⁰⁵. Besondere Gefahren gehen in diesem Bereich von der Blutübertragung aus, wobei Ansprüche zunächst einmal gegen den Arzt bzw. Krankenhausträger³⁰⁶ gegeben sein können³⁰⁷. Der für den Patienten schwierige Nachweis, daß die Infektion auf der Übertragung beruht, wird ihm vom BGH dadurch erleichtert, daß der Anscheinsbeweis bejaht wird, wenn feststeht, daß die Blutspende von einem infizierten Spender stammt und der Empfänger keiner sog. Risikogruppe angehört³⁰⁸. Steht die HIV-Verseuchung des Blutes dagegen nicht fest, so begründet allein die fehlende Zugehörigkeit zu einer solchen Gruppe diesen Beweis noch nicht³⁰⁹. Ebenso wenig ist das Unterlassen einer eigenen Kontrolle von geliefertem Spenderblut (bei einer Notfallbehandlung im Jahr 1987) als grober Fehler und damit als Grundlage für eine Beweislastumkehr angesehen worden³¹⁰. Die desweiteren in Betracht kommende Haftung von Arzneimittelherstellern und Blutspendediensten ist in Deutschland aufgrund des HIV-Hilfegesetzes vom 24.7.1995 durch Entschädigungsansprüche gegen die zu diesem Zweck gegründete Stiftung abgelöst worden³¹¹.

Damit ist jedoch das Problem der Massenschäden aufgrund anerkannter Arzneimittelrisiken nicht dauerhaft gelöst. Zwar hat § 84 S. 2 Nr. 1 AMG die Situation des Geschädigten durch Einführung der verschuldensunabhängigen Herstellerhaftung für Entwicklungsschäden verbessert. Jedoch ist diese Haftung gemäß § 88 AMG in der Höhe begrenzt und gewährt kein Schmerzensgeld. Außerdem steht der Geschädigte vor einer Reihe von Beweisproblemen, muß er doch nach derzeitigem Recht nachweisen, daß der Schaden durch das angewandte Arzneimittel verursacht worden ist, außerdem daß die schädlichen Wirkungen über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen und ihre Ursachen im Bereich der Herstellung und Entwicklung haben. Die bisher nicht Gesetz gewordenen Vorschläge zur Reform der Arzneimittelhaftung wollten in diesen Punkten die Beweislast umkehren und dem Geschädigten auch ein

³⁰⁵ Siehe BGHZ 114, 284 = NJW 1991, 1948 m. Anm. *Deutsch*, NJW 1991, 1937; zu dem Problemkreis auch *Laufs*, *Arztrecht*⁵, Rn. 504.

³⁰⁶ Vgl. OLG Hamburg, NJW 1990, 2322, bestätigt von BGHZ 114, 284 = NJW 1991, 1948.

³⁰⁷ Die Erfahrungen mit dem HIV-Virus haben inzwischen dazu geführt, daß eine striktere Kontrolle von Spenderblut erfolgt. So darf nur Blut verwendet werden, da keine HCV-Antikörper (gegen Hepatitis C) enthält. Eine entsprechende, sofort vollziehbare Anordnung des BGA hält rechtlicher Kontrolle stand: vgl. OVG Berlin, NJW 1994, 1610 f.

³⁰⁸ BGHZ 114, 284.

³⁰⁹ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1996, 1599 f.

³¹⁰ OLG Düsseldorf a.a.O.

³¹¹ Dazu *Deutsch*, NJW 1996, 755.

Schmerzensgeld gewähren³¹². Sie sind jetzt mit einem Entwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 19. 2. 2001 wieder aufgenommen worden. Eine zusätzliche, durch diese Beweislastumkehr nicht beseitigte Schwierigkeit liegt darin, daß insbesondere bei spät auftretenden Schäden häufig kaum noch festzustellen ist, von welchem Hersteller das konkret beim Patienten eingesetzte Mittel stammt³¹³, was sich in Deutschland in den HIV-Fällen, in Amerika in den DES-Fällen³¹⁴ gezeigt hat. Schließlich ist bei der jetzigen Fassung von § 84 AMG wie auch nach dem Entwurf des Bundesjustizministeriums vom 19. 2. 2001 zweifelhaft, ob die Haftung auch mittelbar Verletzte,³¹⁵ in den HIV-Fällen also den Ehegatten oder Partner des Patienten schützt. In den Reformvorschlägen wird eine solche Haftungserweiterung gefordert, teilweise begrenzt auf Ehegatten und Lebensgefährten,³¹⁶ teilweise auch ohne eine solche Beschränkung.³¹⁷

IV. Medizinische Versuche am Menschen

1. Grundlagen

Arzthaftungsprozesse wegen gesundheitlicher Schäden, die durch medizinische Versuche verursacht sind, hat es in Deutschland selten gegeben,³¹⁸ und daran hat sich in neuerer Zeit nichts geändert. Eine generelle gesetzliche Regelung fehlt hier, während sich in der vom Weltärztebund beschlossenen Deklaration von Helsinki nur berufsethische Empfehlungen finden³¹⁹. Jedoch enthalten §§ 40, 41 Arzneimittelgesetz (AMG), § 41 Strahlenschutzverordnung und §§ 17, 18 Medizinproduktegesetz (MPG) spezielle Vorschriften für Versuche in den entsprechenden Bereichen. Sie stellen Zulässigkeitsvoraussetzungen für wissenschaftliche Experimente und Heilversuche auf, von denen ein großer Teil sich auch aus allgemeinen Grundsätzen der zivil- und strafrechtlichen Haftung für Körper- oder Gesundheitsverletzungen ergibt und deshalb ebenso für medizinische Versuche

³¹² S. die Vorschläge in BT-Drucks. 12/8591, S. 258 ff., 263 ff. sowie BT-Drucks. 13/10019, S. 2 ff.

³¹³ *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 920; *Larenz-Canaris*, *Schuldrecht II* 2¹³, § 82 II 3 d, S. 579 f.

³¹⁴ *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P. 2d 924, 936 ff. (Cal. 1981), *PharmaR* 1981, 300; s. dazu *Wiedemann*, *Das internationale Privatrecht der Arzneimittelhaftung*, 1998, S. 60 f.

³¹⁵ Dagegen u. a. *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 882; dafür *Hart*, *MedR* 1995, 61, 66 (mit der Forderung einer Klarstellung *de lege ferenda*).

³¹⁶ v. *Bar*, Gutachten zum 62. DJT (1998), A 72, A 104; 3. UA des Bundestages, BT-Drucks. 12/8591, S. 259.

³¹⁷ Gutachten *Hart*, BT-Drucks. 12/8591, S. 606; SPD-Fraktionsvorschlag, BT-Drucks. 12/8591, S. 266.

³¹⁸ Eine Ausnahme bildet BGHZ 20, 61.

in nicht ausdrücklich geregelten Bereichen, also z.B. für die Erprobung neuer Operationsmethoden gilt. Dazu gehört z.B., daß Versuche anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen entsprechen und auf hinreichenden vorklinischen Untersuchungen aufbauen müssen, des weiteren, daß die vorhersehbaren Risiken in angemessenem Verhältnis zum Vorteil für den Patienten bzw. zum Versuchsziel stehen und daß der Arzt über entsprechende klinische Erfahrungen verfügt. Schließlich sind gerade hier natürlich Aufklärung und Einwilligung der Versuchsperson erforderlich, letztere im Geltungsbereich der o.g. Vorschriften sogar schriftlich.

Im übrigen ist sowohl nach diesen spezialgesetzlichen Regelungen als auch nach allgemeinen ethischen und haftungsrechtlichen Grundsätzen zu unterscheiden zwischen wissenschaftlichen Experimenten und Heilversuchen. Letztere sind Maßnahmen, die – zumindest auch – im Interesse der Versuchsperson selbst erfolgen, während dies bei ersteren nicht der Fall ist. Es liegt auf der Hand, daß rein fremdnützigen Versuchen sowohl hinsichtlich der zu akzeptierenden Risiken als auch bezüglich der einbezieharen Personengruppen engere Grenzen gezogen werden müssen als Heilversuchen. Bei rein wissenschaftlichen Experimenten dürfen auch für voll aufgeklärte Freiwillige weder der Tod noch eine schwere oder irreversible Schädigung vorhersehbar sein. Personen, bei denen die Freiwilligkeit zweifelhaft ist, insbesondere kraft staatlichen Zwangs eingewiesene Anstaltsinsassen, dürfen nicht zu Experimenten herangezogen werden, und bei einwilligungsunfähigen Personen ist dies ebenfalls weitgehend unzulässig³²⁰. Für die klinische Prüfung von Arzneimitteln und Medizinprodukten ist sowohl für Experimente wie für Heilversuche der vorherige Abschluß einer sog. Probandenversicherung vorgeschrieben. Letztere soll auch unverschuldete Schäden der Versuchspersonen decken. Die überwiegend aus den 70er Jahren stammenden Regelungen der AMG und des ihm folgenden MPG sind seitdem wenig geändert worden. Eine wesentliche Verbesserung hat es jedoch durch die fünfte Novelle zum Arzneimittelgesetz gegeben.³²¹ Nach der Neufassung des § 40 Abs. 1 AMG ist seit 1995 vor Beginn der klinischen Arzneimittelprüfung die Bewertung durch eine (nach Landesrecht gebildete) Ethik-Kommission erforderlich. Ebenso verlangt § 17 MPG die vorherige Kommissionsbegutachtung.³²² Werden Versuche ohne Vorlage bei der Ethik-Kommission vorgenommen, so sind sie

³¹⁹ S. dazu unten im rechtsvergleichenden Teil unter B IV 1.

³²⁰ S. dazu unter 2.

³²¹ S. dazu *Deutsch*, *VersR* 1995, 121 ff.

unzulässig und führen zur Haftung des forschenden Arztes. Aber auch der Klinikträger kann sich schadensersatzpflichtig machen, wenn er nicht für die ordnungsgemäße Durchführung klinischer Forschungen unter Einschaltung einer Ethik-Kommission sorgt.³²³

2. Medizinische Versuche an einwilligungsunfähigen Personen

Bei medizinischen Versuchen an nicht einwilligungsfähigen Personen bewegte man sich von jeher auf dünnem Eis, steht doch an der Spitze der Urteilsgrundsätze des Nürnberger Ärzteprozesses³²⁴ zu Recht der Grundsatz: "The voluntary consent of the human subject is absolutely essential." Beim wissenschaftlichen Versuch, der lediglich im Forschungsinteresse, nicht in dem des Patienten erfolgt, ist diese Einwilligung überhaupt der alleinige Rechtfertigungsgrund,³²⁵ und sie kann auch kaum durch dessen gesetzlichen Vertreter erteilt werden, zumindest nicht nach den Wertungen des BGB.³²⁶ Denn es verlangt nach § 1627 von den Eltern ein Handeln zum Wohle des Kindes, und gleiches gilt nach § 1901 Abs. 2 für die Betreuung. Auch die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung liegen bei einem Eingriff, der nicht dem Interesse des Patienten bzw. Probanden erfolgt, höchstens in Ausnahmefällen vor, die für die Praxis kaum eine Rolle spielen.³²⁷ Beim Heilversuch, bei dem die Versuchsmaßnahme im gesundheitlichen Interesse der Versuchsperson erfolgt, ist die Situation auf den ersten Blick einfacher; denn hier kann die Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter erteilt werden, wie sich positiv für Versuche mit Arzneimitteln und Medizinprodukten aus § 41 AMG und § 18 MedProdG ergibt, die aber auch allgemeinen Vertretungsgrundsätzen entsprechen.³²⁸ Die Praxis der medizinischen Forschung wird aber von sog. kontrollierten Versuchen beherrscht, und hier ist häufig die Grenze zwischen wissenschaftlichem und therapeutischem Versuch schwer zu ziehen.

Das vom Europarat verabschiedete "Menschenrechtsübereinkommen zur

³²² *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 596.

³²³ *Deutsch*, *MedR* 1995, 483 ff.; vgl. auch *v. Bar/Fischer*, *NJW* 1980, 2734 ff.

³²⁴ *United States v. Brandt*, Auszug in *Fischer*, *Medizinische Versuche am Menschen*, 1979; Anhang 2; deutsche Übersetzung in: *Wille*, *NJW* 1949, 377.

³²⁵ *Fischer*, *Medizinische Versuche am Menschen*, 1979, S. 7 ff.

³²⁶ *Fischer*, aaO. S. 34 ff.; *Kern*, *NJW* 1994, 753, 756.

³²⁷ *Fischer*, *Die mutmaßliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen*, in *Festschrift für Deutsch*, 1999, S. 545, 557.

³²⁸ *Fischer*, *Medizinische Versuche am Menschen*, 1979, S. 63 ff.

Biomedizin" vom 4. April 1997³²⁹ enthält in § 17 Abs. 2 eine Vorschrift, die fremdnützige Versuche an einwilligungsunfähigen Personen in sehr engen Grenzen erlaubt: Die Forschung muß geeignet sein, dem Betroffenen oder anderen Personen, die sich in der gleichen Altersstufe befinden, an der gleichen Krankheit oder Störung leiden oder sich in dem gleichen Zustand befinden, zu nutzen, und sie darf nur mit einem minimalen Risiko und einer minimalen Belastung einher gehen. Diese Regelung ist in der Öffentlichkeit viel kritisiert worden,³³⁰ insbesondere weil befürchtet wird, daß damit Behinderte zu Forschungsobjekten herabgewürdigt werden. Vor allem wegen solcher Bedenken hat die Bundesrepublik sich bei der Abstimmung im Europarat der Stimme enthalten und ist bisher dem von 22 der 40 Mitgliedstaaten gezeichneten Abkommen nicht beigetreten.³³¹ Dagegen hat die Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer eine sachlich entsprechende Lösung empfohlen.³³² Sie dürfte de lege lata schwer vertretbar sein,³³³ wenn der fremdnützige Versuch einen Eingriff in Körper oder Gesundheit enthält; denn ein solcher ist aufgrund von Art. 2 Abs. 2 GG nur aufgrund eines Gesetzes zulässig. Eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung fehlt bisher, und §§ 40 AMG, 17 MPG, 14 SSVÖ statuieren eher das Gegenteil.

Daß eine solche Regelung de lege ferenda nicht nur praktisch, sondern zur Umsetzung der EU – Richtlinie vom Dezember 2000 rechtlich notwendig und auch verfassungsgemäß ist,³³⁴ wird bei den Handlungsperspektiven dargelegt werden.³³⁵

B. Regelungen im europäischen Vergleich

I. Information des Patienten (Einwilligung und Aufklärung) - Voraussetzungen und rechtliche Sanktionen

³²⁹ Abdruck der (unverbindlichen) deutschen Übersetzung in: *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Informationen zur Entstehungsgeschichte, Zielsetzung und Inhalt – Das Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates vom 4. April 1997, Februar 1998.

³³⁰ S.u.a. *Kern*, MedR 1998, 485, 489.

³³¹ *Bundesministerium der Justiz* (o.Fn. 247); vgl. dazu auch *Laufs*, NJW 2000, 1757, 1764 m.w.Nachw.

³³² Deutsches Ärzteblatt 94 (1997). A-1011 f.; zustimmend auch *Laufs*, NJW 1997, 776, 777; *Taupitz-Fröhlich*, VersR 1997, 911, 914 f.

³³³ A.A. noch *Fischer* (Fn. 246), S. 36 f.

³³⁴ A.A. Stellungnahme des deutschen Richterbundes, DRiZ 1995, 149, 150; *Kienle*, ZRP 1996, 253, 254, Fn. 16; *Picker*, JZ 2000, 693, 704 f.

³³⁵ Unter C., S.

Im Grundsatz herrscht in allen Rechtsordnungen Einigkeit darüber, daß eine ärztliche Behandlung der Einwilligung des Patienten bedarf und daß dieser aufzuklären ist. In den Einzelheiten bestehen aber erhebliche Unterschiede.

1. Einwilligungsprobleme

a) Behandlungsverweigerung und Zwangsbehandlung

Aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten läßt sich der Grundsatz ableiten, daß eine Ablehnung der Behandlung grundsätzlich zu respektieren ist, und zwar auch dann, wenn dies für den Patienten schwere Gesundheitsschäden oder gar den Tod zur Folge hat. In Spanien ist dies in Art. 10 Nr. 9 der Ley General de Sanidad vom 25.4.1986 ausdrücklich geregelt, in Italien in Art. 40 des Codice deontologico, in Frankreich aufgrund von Art. 16-3 C.c.³³⁶ und der loi no. 99-477 vom 9.6.1999 in Art. 1 C des Code de la Santé Public³³⁷. In England³³⁸ und Frankreich³³⁹ ist es in gerichtlichen Entscheidungen mehrfach ausgesprochen worden und für die Niederlande³⁴⁰ sowie die Schweiz³⁴¹ finden sich entsprechende Stellungnahmen in der Literatur. Allerdings hat der französische Conseil d'État im Jahre 1982 in einem obiter dictum eine Ausnahme für die unmittelbare Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Patienten für möglich gehalten, ist damit aber auf Widerspruch gestoßen³⁴² und dürfte insoweit durch die gegenteilige Neuregelung im Code de la Santé Public überholt sein. Freilich hängt die Beachtlichkeit der Weigerung davon ab, ob der Patient die nötige Einsichtsfähigkeit in seinen Gesundheitszustand und in die Konsequenzen der Behandlungsverweigerung besitzt. Daran kann es aufgrund von psychischen Erkrankungen fehlen, aber auch aufgrund von Drogen- oder Alkoholeinfluß. Wo der Patient aufgrund seines geistigen oder körperlichen Zustandes nicht in der Lage ist, eine selbstbestimmte, verantwortliche Entscheidung zu treffen, ist seine Weigerung jedenfalls nicht das letzte für den Arzt maßgebliche Wort. Eine Behandlung ist dann unter denselben Voraussetzungen zulässig, unter denen auch sonst trotz fehlender Einwilligung behandelt werden darf. Dies kann wie in England aufgrund besonderen gerichtlichen Verfahrens sein³⁴³ oder wie in

³³⁶ Cass.civ. 2^e, 19.3.1997, D. 1997 I.R. 106.

³³⁷ S. dazu *Garay*, Gaz. Pal. 28./29.6.2000, Doctrine S. 13 ff.

³³⁸ In Re C. (Adult: Refusal of Treatment) [1994] 1 W.L.R. 289, Fam.D.; In Re T. (Adult: Refusal of Treatment) [1993] Fam. 95, C.A.; Airedale N.H.S. Trust v. Bland [1993] A.C. 789, 835, 864; St. George's Healthcare N.H.S. Trust v. S. (1999) Fam. 26 (C.A.).

³³⁹ Cass.Crim., 3.1.1973, Bull.crim. 1973 No. 2; Conseil d' État, 6.3.1981, zit. bei *Penneau*, Anm. zu Cass.civ. 1 re, 11.10.1988, D. 1989 Somm. 317; *Penneau*, La Responsabilité du Médecin, S. 21.

³⁴⁰ *Leenen/Gevers*, in *Medical Responsibility*, S. 435 Rn. NL 37.

³⁴¹ *Rehberg*, in *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 307.

³⁴² Conseil d' État, 27.1.1982, D. 1982 I.R. 275 m. insoweit abl. Anm. *Penneau*.

³⁴³ *Blackie*, Landesbericht England und Schottland, in *Fischer/Lilie*, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, S. 222 f.; Bei einwilligungsunfähigen, aber nicht widersprechenden Patienten hat das House of Lords auch eine informelle, d.h. faktische Aufnahme für zulässig erklärt; *Regina v. Bournemouth Community and Mental Health N.H.S. Trust* (1999) 1 A.C. 458.

Deutschland³⁴⁴ und anderen Staaten³⁴⁵ aufgrund der Einwilligung eines gesetzlichen Vertreters, schließlich, sofern beides nicht nötig oder wegen der Dringlichkeit der Behandlung nicht möglich ist³⁴⁶, aufgrund der bei einem einsichtsfähigen Patienten zu mutmaßenden Einwilligung. Die Behandlungsverweigerung als solche ist aber regelmäßig kein hinreichender Grund, die Einsichtsfähigkeit des Patienten und die Notwendigkeit seiner Einwilligung zu verneinen³⁴⁷; denn der Arzt darf nicht die Entscheidung des Patienten durch seine eigene ersetzen, weil er diese für richtiger hält.

Zweifelhaft ist dies freilich im Grenzbereich des Suizids. Zum Teil wird der Selbstmordwille oder der völlig unvernünftige Selbstschädigungswille überhaupt nicht respektiert wie z.B. in Griechenland³⁴⁸. In anderen Rechtsordnungen wird er als verantwortliche Entscheidung nicht anerkannt, wenn er auf dem Druck anderer Personen, wie der Eltern³⁴⁹ oder des Ehegatten beruht oder wenn er Ausfluß einer psychischen Erkrankung ist³⁵⁰. Beim bewußtlosen Suizidpatienten kann der Arzt letzteres oft nicht ausschließen, ebensowenig die Möglichkeit, daß der Patient nur Hilfe, nicht den Tod suchte. Deshalb gehen nicht nur das deutsche³⁵¹, sondern z.B. auch das niederländische und das portugiesische Recht³⁵² davon aus, daß die ärztliche Hilfe zulässig oder sogar geboten ist³⁵³, solange dem Arzt nicht eine entgegenstehende verantwortliche Entscheidung bekannt ist.

Soweit nicht nur Interessen des Patienten selbst auf dem Spiel stehen, sondern in Fällen übertragbarer Krankheiten, wie z.B. Tuberkulose oder Geschlechtskrankheiten, auch Gesundheitsinteressen der Allgemeinheit, ist auch in ausländischen Rechten vielfach eine Behandlung ohne oder gegen den Willen des Patienten zulässig³⁵⁴. Fraglich ist, ob eine Behandlung gegen den Willen von

³⁴⁴ Zur Notwendigkeit der Einwilligung durch einen Pfleger siehe OLG Stuttgart NJW 1981, 638; An dessen Stelle ist nunmehr ein Betreuer getreten. Vgl. Kern, NJW 1994, 753, 756; *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 487; *Schönke/Schröder/Eser*, StGB²⁵, § 223 Rn. 38.

³⁴⁵ Siehe für Schottland *Blackie*, in *Fischer/Lillie* aaO., S. 224; für Frankreich *Penneau*, La Responsabilité du Médecin, S. 20; für Spanien Art. 10 Nr. 6 der Ley General de Sanidad vom 25.4.1986.

³⁴⁶ Bei längerer Bewußtlosigkeit, aber aufschiebbarem Eingriff ist vorrangig für die gerichtliche Bestellung eines Betreuers zu sorgen; *Deutsch*, Medizinrecht³, Rn. 110; *Kern*, NJW 1994, 753, 756 f.; *Penneau*, a.a.O. Dagegen gibt *Wiegand*, in *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 163 f., dem hypothetischen Willen des (sogar minderjährigen) Patienten den Vorzug.

³⁴⁷ *St. George's Healthcare N.H.S. Trust v. S.* (1999) Fam. 26 (C.A.).

³⁴⁸ *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 325 Rn. GR 108; für England und Kanada vgl. *Giesen*, MML § 27 II Rn. 709.

³⁴⁹ *In Re T. (Adult: Refusal of Treatment)* [1993] Fam. 95, C.A.

³⁵⁰ *B. v. Croydon Health Authority* [1995] 2 W.L.R. 294, C.A.

³⁵¹ BGHSt 32, 367, 373 ff.

³⁵² *Leenen/Gevers*, in *Medical Responsibility*, S. 435 Rn. NL 37; *Figueiredo Dias/Sinde Monteiro*, in *Medical Responsibility*, S. 548 Rn. P. 104.

³⁵³ Vgl. auch *Giesen*, MML, § 27 II.

³⁵⁴ Siehe *Giesen*, MML, § 27 I, sowie die Landesberichte in *Medical Responsibility* für Frankreich. S. 189 Rn. F 73; Griechenland, S. 326 Rn. GR 107, 109; Spanien, S. 656 Rn. E 71 sowie Art. 10 Nr. 6a der Ley General de Sanidad vom 25.4.1986. Zur englischen Public Health (Control of Diseases) Act 1984 siehe *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 332 f.

Patienten sogar im Interesse eines einzelnen Dritten erfolgen kann. Dies ist zunächst in einzelnen Entscheidungen in England und den USA bejaht worden, aber auch dort sehr umstritten³⁵⁵. Der englische Court of Appeal hat es im Jahre 1998 abgelehnt³⁵⁶.

b) Mutmaßliche Einwilligung

Wohl nach allen Rechten erscheint eine dringende Behandlung unter dem Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung dann zulässig, wenn eine Einwilligung nicht bebringbar ist und Gefahr für Leib und Leben des Patienten besteht.³⁵⁷

Fraglich ist, wie weit es der Zustimmung naher Angehöriger bedarf. Sie wird in Belgien für erforderlich gehalten³⁵⁸, und in Frankreich schreibt die ärztliche Berufsordnung sie vor³⁵⁹, in Spanien das allgemeine Gesundheitsgesetz³⁶⁰. In England³⁶¹, Norwegen³⁶² und der Schweiz³⁶³ wird die Befragung der Angehörigen dagegen wie in Deutschland³⁶⁴ nur für erforderlich gehalten, um etwa existierende Willensäußerungen des Patienten zu ermitteln oder Anhaltspunkte für die Bestimmung seines mutmaßlichen Willens zu erhalten. Sie haben also kein eigenes Entscheidungsrecht. In den Niederlanden muß der Arzt nach Art. 7:465 Abs. 3 B.W. beim Fehlen gesetzlicher Vertreter seine Verpflichtungen zur Aufklärung und Einholung der Einwilligung in erster Linie gegenüber einem vom Patienten schriftlich bevollmächtigten Vertreter erfüllen, bei dessen Fehlen gegenüber Ehegatten, Lebensgefährten, Elternteilen und Geschwistern. Allerdings ist der Arzt nach Art. 7:465 Abs. 4 B.W. an die Entscheidung dieser Personen ebensowenig gebunden

³⁵⁵ In Re S. (Adult: Refusal of Medical Treatment) [1993] Fam. 123; Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital v. Anderson, 201 A.2d 537 (N.J. 1964); Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority 274 S. E.2d 457 (Georgia, 1981); In Re Madyun 573 A.2d 1259 (D.C. C.A. 1990). Ablehnend in Re AC 573 A.2d 1235 (D.C. C.A. 1990); *Kennedy/Grubb*, Medical Law², S. 358 ff., 366 f.; wohl auch *Giesen*, MML § 36 I Rn. 954.

³⁵⁶ St. George's Healthcare N.H.S. Trust v. S. (1999) Fam. 26 (C.A.)

³⁵⁷ Siehe *Giesen*, MML, § 27 III Rn. 713 m.Nachw. sowie die Landesberichte in Medical Responsibility für: Belgien, S. 92 Rn. B 75; England, S. 141 Rn. GB 75 sowie *Kennedy/Grubb*, Medical Law², S. 317 ff.; In Re F. (Mental Patient Sterilisation) [1990] 2 A.C. 1 ff.; Frankreich, S. 189 Rn. F 73; Niederlande, S. 431 Rn. NL 27, S. 435 Rn. NL 37; Norwegen, S. 494 Rn. N 98; Portugal, S. 548 Rn. P 104; Schweiz, S. 753 Rn. CH 61. Für die Schweiz siehe ferner *Rehberg*, in *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 309; für Österreich *Koziol*, Haftpflichtrecht II², S. 122 (für Krankenhausbehandlungen ergibt sich dies aus § 8 Abs. 3 Krankenanstaltengesetz, außerhalb des Krankenhauses aus §§ 1036, 1311 ABGB – Geschäftsführung ohne Auftrag); für Schweden *Westerhyll* in *Taupitz* (Hg.), Dokumentation, S. 904, S 68; für Dänemark s. § 10 Patientenrechtegesetz No. 482 vom 1.7.1998, engl. Übersetzung in *Taupitz*, aaO. S. 521, DK89.

³⁵⁸ *Dalcq*, in Medical Responsibility, S. 92 Rn. B 75, 78.

³⁵⁹ Art. 42 Abs. 2 Code de déontologie; vgl. *Penneau*, in Medical Responsibility, S. 189 Rn. F 73. Ebenso schon Cass.civ. 1 re, 8.11.1955, D. 1956. 3.

³⁶⁰ Art. 10 Nr. 6b der Ley General de Sanidad vom 25.4.1986; vgl. auch *Santos Briz*, in Medical Responsibility, S. 656 Rn. E 70 zum Zustimmungsrecht des Ehegatten.

³⁶¹ *Blackie*, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 221; *Kennedy/Grubb*, Medical Law², S. 276. Rechtfertigungsgrund ist »necessity«, die ein Handeln »in the best interests of the patient« verlangt, das jedoch seinen bekannten Wünschen nicht widersprechen darf; In Re F. (Mental Patient Sterilisation) [1990] 2 A.C. 1, 76 per *Lord Goff*.

³⁶² *Lfdrup*, in Medical Responsibility, S. 494 Rn. N 98.

³⁶³ *Rehberg*, in *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 310.

³⁶⁴ *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 456; *Kern*, NJW 1994, 753, 756; BGH VersR 1987, 770, 772.

wie an die von gesetzlichen Vertretern, wenn die Befolgung nicht mit der Sorgfalt eines guten Arztes vereinbar ist³⁶⁵.

Ein weiteres Problem dieses Bereichs ist das der Operationserweiterung. Muß der Arzt die Operation (und die Narkose) unterbrechen, um eine erneute Einwilligung einholen, wenn sich während des Eingriffs herausstellt, daß ursprünglich nicht vorgesehene Maßnahmen wie z.B. eine Amputation erforderlich sind, oder darf er aufgrund mutmaßlicher Einwilligung die nunmehr indizierte Behandlung vornehmen? Das schweizerische Bundesgericht hat sich auf den - in der Literatur als fragwürdig bezeichneten³⁶⁶ - Standpunkt gestellt, bei fehlender Dringlichkeit müsse immer unterbrochen werden, soweit dies ohne Gefahr für den Patienten möglich sei³⁶⁷, und dies war auch der Standpunkt französischer Instanzgerichte³⁶⁸. Die französische Cour de Cassation hat jedoch die gegenteilige Auffassung vertreten³⁶⁹ und dies entspricht der sich in Portugal aus Art. 158 Código penal ergebenden Rechtslage³⁷⁰. In den Niederlanden wird eine differenzierende Lösung verfolgt: Über erwartete Weiterungen hat der Arzt ohnehin aufzuklären³⁷¹. Bei unerwarteten kommt es zunächst darauf an, ob ein vernünftiger Patient in gleicher Situation zustimmen würde, desweiteren, ob eine Verzögerung für den Patienten nachteilig ist und der erneute Eingriff ihn sehr belastet³⁷².

c) Einwilligung Dritter

aa) Einwilligung des Ehegatten

In England³⁷³ und Frankreich³⁷⁴ ist ein Widerspruchsrecht des zukünftigen – ehelichen wie nichtehelichen – Vaters bei Abtreibungen abgelehnt worden und dies ist auch von der Europäischen Menschenrechtskommission bestätigt worden³⁷⁵.

Im übrigen ist die Ehegattenzustimmung zu ärztlichen Eingriffen im allgemeinen in jüngerer Zeit nur noch in Belgien verlangt worden, aber nur bei Behandlung der Frau.

³⁶⁵ Siehe *Dute*, Landesbericht Niederlande, in *Fischer/Lilie* aaO. S. 292.

³⁶⁶ *Hausheer*, in *Medical Responsibility*, S. 748 Rn. CH 41.

³⁶⁷ BGE 108 II 59 ff. (1982): Brustamputation nach ursprünglich geplanter Zystenexzision.

³⁶⁸ Siehe *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 188 Rn. F 73.

³⁶⁹ Cass.civ. 1 re., 15.3.1966, Bull. 1966 I No. 187, S. 144; 27.10.1982, Bull. 1982 I, No. 307, S. 261.

³⁷⁰ *Figueiredo Dias/Sinde Monteiro*, in *Medical Responsibility*, S. 548 Rn. P 104.

³⁷¹ Ebenso für Deutschland schon RGZ 163, 129, 137 f.

³⁷² *Leenen/Gevers*, in *Medical Responsibility*, S. 434 Rn. NL 34.

³⁷³ *Paton v. Trustees of British Pregnancy Advisory Services* [1979] Q.B. 276; C. v. S. [1988] Q.B. 135, 153, (C.A.).

³⁷⁴ *Penneau*, *La Responsabilité du Médecin*, S. 20 unter Verweisung auf eine Entscheidung des Conseil d'État.

³⁷⁵ *Paton v. United Kingdom*, EKMR vom 13.5.1980, NJW 1981, 1141.

In der Literatur wird die Einwilligung des Ehemanns bei Einwilligungsunfähigkeit der Frau für erforderlich gehalten, nach zunehmender, aber offenbar nicht einhelliger Meinung dagegen nicht, wenn die Frau selbst einwilligungsfähig ist³⁷⁶.

bb) Eltern und gesetzliche Vertreter

Grundsätzlich ist bei einwilligungsunfähigen Personen die Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter erforderlich, bei Kindern also die der Eltern³⁷⁷. Hier stellen sich drei Hauptprobleme. Zum einen geht es um die Frage, inwieweit Minderjährige, ggf. auch andere nicht voll geschäftsfähige Personen allein einwilligen können oder doch neben ihren gesetzlichen Vertretern zustimmen müssen. Zum anderen ist die Zulässigkeit der Behandlungsverweigerung problematisch, und schließlich ist fraglich, ob Eltern in nicht indizierte Eingriffe, wie z.B. Explantationen oder wissenschaftliche Versuche einwilligen können.

(1) In der Mehrzahl der Rechtsordnungen hängt die Einwilligungsfähigkeit von der konkreten Einsichtsfähigkeit ab. Das gilt etwa für England³⁷⁸ und Schottland³⁷⁹, für Frankreich³⁸⁰, Griechenland³⁸¹, Norwegen³⁸², Portugal³⁸³ und die Schweiz³⁸⁴. In England und Schottland kommt es auf die konkrete Einsichtsfähigkeit allerdings nur bei Kindern unter 16 Jahren an. Denn aufgrund von Sect. 8 des »Family Law Reform Act 1969« bzw. Sect. 1 (1) des »Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991« können sie ab 16 Jahren in jede Art ärztlicher Behandlung voll wirksam einwilligen, und gleiches gilt in den Niederlanden nach Art. 7:447 B.W. Das norwegische Kindschaftsrecht verlangt die Aufklärung von Eltern und Kind, wenn letzteres zwischen 12 und 16 Jahren ist³⁸⁵, überläßt also offenbar die Entscheidung oberhalb dieser Grenze ebenfalls dem Minderjährigen, während dieser darunter nicht zu befragen ist. Das portugiesische Recht legt nur eine solche Untergrenze fest, und

³⁷⁶ Siehe *Dalcy*, in *Medical Responsibility*, S. 92 f. Rn. B 78 f.

³⁷⁷ Das sind im französischen Recht wie im deutschen beide Eltern, so daß sich Vater und Arzt haftbar machen, wenn eine Beschneidung des Kindes ohne Zustimmung der Mutter erfolgt (Cour d'appel de Paris, 29.9.2000, D. 2000 I R. 281).

³⁷⁸ *Gillick v. West Norfolk and Wisbech A.H.A.* [1986] A.C. 112. Das Gleiche gilt für geistig gestörte Personen; *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 116 f. m. Nachw.

³⁷⁹ *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, section 2 (4).

³⁸⁰ *Penneau*, *La Responsabilité du Médecin*, S. 20 (für einfache Eingriffe); *Eberhardt*, *Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschlands* (1968), S. 52 f.

³⁸¹ *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 326 Rn. GR 113.

³⁸² *Lfdrup*, in *Medical Responsibility*, S. 494 Rn. N 98.

³⁸³ *Figueiredo Dias/Sinde Monteiro*, in *Medical Responsibility*, S. 549 Rn. P 106.

³⁸⁴ *Wiegand*, in *Honsell*, *Handbuch des Arztrechts* (1994), S. 157 f. m. w. Nachw.; *Hausheer*, *Landesbericht Schweiz*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 324.

zwar bei 14 Jahren³⁸⁶. Dies wird auch in England³⁸⁷, aber ohne genaue Festlegung, als Orientierungsgrenze genannt.

In Österreich weicht die Einwilligungsfähigkeit insoweit von der allgemeinen Volljährigkeitsgrenze von 19 Jahren ab, als nach § 8 Abs. 3 Krankenanstaltengesetz die Einwilligung in Heilbehandlungen schon ab 18 Jahren wirksam erklärt werden kann³⁸⁸. Soweit jüngere Patienten die nötige Einsichtsfähigkeit in Tragweite und Risiken des Eingriffs besitzen, ist zwar ihre Aufklärung und Einwilligung zusätzlich zu der der Eltern erforderlich³⁸⁹, aber zumindest für Krankenhausbehandlungen allein nicht ausreichend³⁹⁰. In England scheinen die bisherigen Entscheidungen im Ergebnis gerade umgekehrt darauf hinauszulaufen, daß die Einwilligung des mindestens Sechzehnjährigen oder konkret einsichtsfähigen Minderjährigen zwar genügt, daß aber im Falle einer Behandlungsverweigerung die Einwilligung der Eltern den Eingriff rechtfertigen kann³⁹¹. Es ist freilich zu berücksichtigen, daß der englische »leading case« zur konkreten Einsichtsfähigkeit die Verschreibung von Kontrazeptiva betraf und daß Lord Fraser davon ausging, daß wichtige Behandlungen bei Kindern unter 16 Jahren normalerweise nicht ohne Billigung der Eltern stattfinden³⁹². Es ist deshalb nicht sicher, ob bei nicht dringend indizierten risikoreichen Behandlungen nicht letztlich doch die Aufklärung und Zustimmung der Eltern für erforderlich erklärt wird. In Schottland hat dagegen der mindestens 16jährige nach Sect. 1 (1) (b) des »Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991« nicht nur das alleinige Recht zur Einwilligung, sondern auch zur Verweigerung, und z.T. wird dies auch für den konkret einsichtsfähigen Minderjährigen unter 16 Jahren vertreten³⁹³. In den Niederlanden verlangt Art. 7:450 Abs. 2 B.W. bei Minderjährigen über 12 und unter 16 Jahren die Einwilligung von Eltern und Kind. Ist der Minderjährige zu einer vernünftigen Interessenabwägung nicht in der Lage, brauchen nur die Eltern einzuwilligen. Gegen den Widerspruch des Kindes sind radikale Eingriffe allerdings nur zulässig, wenn sie offensichtlich zur Vermeidung ernster

³⁸⁵ Lfdrup, aaO.

³⁸⁶ *Figueiredo Dias/Sinde Monteiro*, siehe o. Fn. 55.

³⁸⁷ Reg. v. D. [1984] A.C. 778, 806, per *Lord Brandon of Oakbrook*; zustimmend *Giesen*, MML, § 35 II Rn. 916.

³⁸⁸ Nach *Koziol*, *Haftpflichtrecht II*², S. 122 ist die Vorschrift auf Behandlungen außerhalb von Krankenhäusern analog anzuwenden; ebenso *Rummel/Aicher*, *ABGB-Kommentar*² (1990), § 16 Rn. 17; *Kopetzki* in *Taupitz* (Hrsg.), *Dokumentation*, A 102.

³⁸⁹ OGH vom 19.12.1984, JBl. 1985, 548.

³⁹⁰ *Rummel/Aicher*, *ABGB*², § 16 Rn. 17, der aber für ambulante Behandlungen, insbes. wenn sie die Intimsphäre des Minderjährigen berühren, bei Einsichtsfähigkeit auch dessen alleinige Einwilligung genügen lassen will. So auch der Entwurf des Kindschaftsrechtsänderungsgesetzes 1999; vgl. *Kopetzki*, aaO. A 107.

³⁹¹ In *Re W. (A Minor) (Medical Treatment)* [1992] 4 All ER 627; *Blackie*, aaO., S. 228; kritisch *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 393 ff.

³⁹² *Gillick v. West Norfolk and Wisbech A.H.A.* [1986] A.C. 112, 173.

³⁹³ Vgl. *Blackie*, aaO., S. 228 f.

Gesundheitsschäden erforderlich sind. Unter der letztgenannten Voraussetzung genügt auch die Einwilligung des (12- bis 15jährigen) Minderjährigen, wenn er nach Weigerung der Eltern bewußt die Behandlung wünscht³⁹⁴.

(2) Haben wegen der mangelnden Einwilligungsfähigkeit des Patienten gesetzliche Vertreter, bei Kindern also die Eltern die Einwilligung zu erteilen, so muß Grundlage dieser Entscheidung das Wohl des Kindes sein. Das bedeutet insbesondere, daß sie nicht dasselbe Recht zur Verweigerung lebenswichtiger Behandlungen für das Kind haben wie für sich selbst. Handelt es sich um eine anerkannte, risikoarme und regelmäßig erfolgversprechende Behandlung³⁹⁵, dann wird offenbar überall bei lebensbedrohlicher Situation diese Behandlung auch gegen den Willen der Eltern zugelassen³⁹⁶.

Die Möglichkeit, sich über die Weigerung der Eltern durch direkte richterliche Anordnung oder durch Bestellung eines Ergänzungspflegers hinwegzusetzen, besteht u.a. in England³⁹⁷, Frankreich³⁹⁸, Griechenland³⁹⁹, Österreich⁴⁰⁰ und der Schweiz⁴⁰¹. Bleibt für solche Schritte wegen der Dringlichkeit der Behandlung keine Zeit, kann der Arzt aufgrund Notstandes auch in eigener Initiative handeln⁴⁰². Im niederländischen Recht scheint eine besondere richterliche Ermächtigung gar nicht erforderlich zu sein, da der Arzt nach Art. 7:465 Abs. 4 B.W. den Entscheidungen der gesetzlichen Vertreter nur im Rahmen guter ärztlicher Sorgfalt Folge leisten muß⁴⁰³.

(3) Bei nicht indizierten Eingriffen bestehen für die Erteilung der Einwilligung durch gesetzliche Vertreter ebenfalls Grenzen⁴⁰⁴, die z.T. weniger eng sind als die des deutschen Rechts. Soweit es um medizinische Experimente und Organentnahmen geht, wird dazu unten unter IV. und im strafrechtlichen Teil eingehender berichtet. In England ist die Vertretungsmacht durch die »best interests« des Kindes bzw. des

³⁹⁴ Dute, aaO., S. 291 f.

³⁹⁵ Für die Respektierung der elterlichen Ablehnung einer medizinisch absolut indizierten Lebertransplantation bei einem einjährigen Kind aber In Re T (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1997] 1 W.L.R. 242, C.A.
³⁹⁶ Giesen MML, § 36 II Rn. 963 m. w. Nachw.

³⁹⁷ In Re B. (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1981] 1 W.L.R. 1421, C.A.; In Re S. (A Minor) (Medical Treatment) (1993), teilweise abgedruckt in *Kennedy/Grubb, Medical Law*², S. 270 ff., dort auch w. Nachw. auf S. 272.

³⁹⁸ Art. 28 Abs. 4 Décret no. 74-27 vom 14.1.1974 (D. 1974.67); *Penneau, La Responsabilité du Médecin*, S. 21 f.

³⁹⁹ *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 325 Rn. GR 107, 109.

⁴⁰⁰ OGH vom 19.12.1984, JBl. 1985, 548, 550; vom 4.6.1996, RdM 1997, 49.

⁴⁰¹ *Rehberg*, in *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 312.

⁴⁰² So für die Schweiz *Rehberg*, a.a.O.; für Frankreich *Penneau* (Fn. 69) und Art. 28 Abs. 3 des Décret no. 74-27 vom 14.1.1974.

⁴⁰³ Siehe *Dute*, aaO., S. 292.

⁴⁰⁴ Vgl. dazu auch *Giesen*, MML, § 35 II Rn. 914 (einsichtsfähige Kinder), § 35 III Rn. 914 ff. (geistig Behinderte).

Mündels oder Betreuten begrenzt⁴⁰⁵. Solche Interessen müssen aber nach der Rechtsprechung des House of Lords nicht zwingend therapeutische sein⁴⁰⁶. Es hat deshalb die – erst später gesetzlich geregelte – Blutentnahme zum Zwecke der Vaterschaftsfeststellung erlaubt, weil letztere im öffentlichen Interesse lag und der Eingriff nur minimale Risiken mit sich brachte⁴⁰⁷, ein Kriterium, das in der Literatur auch für wissenschaftliche Experimente an Kindern herangezogen worden ist⁴⁰⁸. Das höchste englische Gericht hat vor allem die nicht-therapeutische Sterilisation von Kindern zugelassen und auch bei schwer geistig behinderten Personen die Voraussetzungen weniger eng formuliert als § 1906 BGB, denn es genügt die Verbesserung oder die Verhinderung einer Verschlechterung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes, wobei dies wie bei ärztlichen Sorgfaltsanforderungen weitgehend dem ärztlichen Urteil überlassen wird⁴⁰⁹. Ebenso hat die Family Division des High Court die Knochenmarkentnahme bei einer geistig und körperlich schwer behinderten Erwachsenen zugunsten deren leukämiekranker Schwester erlaubt, weil dieser Eingriff angesichts der engen familiären Bande für die Spenderin einen emotionalen, psychologischen und sozialen Vorteil bedeute und sie dadurch nur geringfügig beeinträchtigt werde⁴¹⁰. Die englische Rechtsprechung stellt damit sehr viel geringere Anforderungen als die anderer Commonwealth-Staaten; denn der Supreme Court of Canada hat nicht-therapeutische Sterilisationen bei geistig Behinderten nicht zugelassen⁴¹¹, und die Mehrheit des High Court of Australia hat sie wenigstens von einer gerichtlichen Zustimmung im Einzelfall abhängig gemacht, die nur auf das Kindeswohl, nicht auf eugenische Gründe oder Interessen Dritter abstellen darf⁴¹².

Rechtsprechung aus anderen europäischen Ländern zur Sterilisation nicht voll Geschäftsfähiger liegt mir im übrigen nur aus Österreich und Frankreich vor. In Österreich hat der Oberste Gerichtshof sie auch ohne therapeutische Indikation mit Zustimmung des Pflegschaftsgerichts zugelassen hat⁴¹³. In der Schweiz halten die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Wissenschaften eine Zustimmung der

⁴⁰⁵ S. Sect. 1 (1) Children Act 1989; *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 255.

⁴⁰⁶ In *Re B. (A Minor) (Wardship: Sterilisation)* [1988] A.C. 199, 203 f. (per *Lord Hailsham*), 211 (per *Lord Oliver*).

⁴⁰⁷ S. v. S. [1972] A.C. 24; vgl. *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 258.

⁴⁰⁸ Siehe die Nachw. bei *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 1061, 1065.

⁴⁰⁹ In *Re F. (A Mental Patient: Sterilisation)* [1990] 2 A.C. 1. Jedoch ist dabei im Zweifel unabhängig vom Wunsch der Eltern dem weniger intensiven reversiblen Eingriff der Vorzug zu geben; in *Re S (Adult Patient: Sterilisation)* (2000) 3W.L.R. 1288 (C.A.).

⁴¹⁰ In *Re Y. (A Mental Patient: Bone Marrow Donation)* [1997] 2 W.L.R. 556 ff.

⁴¹¹ In *Re Eve* [1984] 2 SCR 388 (teilweise abgedruckt bei *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 712 ff.).

⁴¹² *Department of Health & Community Services v. JWB and SMB* 66 Australian Law Journal Reports 300 (1992).

⁴¹³ OGH vom 11.12.1977, ÖJZ 1978, 299.

gesetzlichen Vertreter bei urteilsunfähigen geistig Behinderten aus anderen als therapeutischen Zwecken für unzulässig, weil es sich um einen Eingriff in ein höchstpersönliches Recht handele. In der Literatur werden dagegen Sterilisationen auch aufgrund anderweitiger Interessen des behinderten Patienten, wie zur Vermeidung einer Heimunterbringung oder psychischer Belastungen bei Wegnahme des Kindes, vereinzelt auch aufgrund von eugenischen Gründen für zulässig gehalten⁴¹⁴.

In Frankreich ist die nicht-therapeutische Sterilisation nach einer Entscheidung aus dem Jahre 1937⁴¹⁵ lange für strafbar gehalten worden. Inzwischen ist man dort einer Resolution des Europarats von 1975 gefolgt, die die freiwillige Sterilisation als Mittel der Familienplanung anerkannt hat. Sie muß jedoch mit Einwilligung des Betroffenen erfolgen⁴¹⁶, und deshalb hat sie die Cour de Cassation in einer Entscheidung vom 6.7.1998 allein zum Zwecke der Verhütung ohne therapeutische Notwendigkeit bei geistig behinderten Erwachsenen für unzulässig erklärt⁴¹⁷. In Portugal ist die nicht medizinisch indizierte Sterilisation erst ab einem Alter von 25 Jahren zulässig.

d) Form der Einwilligung

Wie in Deutschland kann auch in anderen Staaten die Einwilligung regelmäßig formlos erfolgen. Das gilt etwa für Belgien⁴¹⁸, Dänemark⁴¹⁹, Frankreich⁴²⁰, England⁴²¹, Italien⁴²², Norwegen⁴²³, Österreich⁴²⁴, Portugal⁴²⁵ und die Schweiz⁴²⁶. Offenbar nur in Spanien gilt die umgekehrte Regel, nach der zumindestens im Bereich der öffentlichen Gesundheitsversorgung regelmäßig die schriftliche Einwilligung erforderlich ist⁴²⁷. In den Niederlanden muß nach Art. 7:451 B.W. der Arzt auf Wunsch des Patienten schriftlich festlegen, für welche Eingriffe dieser seine Einwilligung erteilt hat. Natürlich wird auch in den Staaten, in denen keine Form

⁴¹⁴ Rehberg, in Honsell, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 332 f. m. w. Nachw.

⁴¹⁵ Cass.crim., 1.7.1937, S. 1937.1.193.

⁴¹⁶ Penneau, La Responsabilité du Médecin, S. 95.

⁴¹⁷ D. 1998 I.R. 208

⁴¹⁸ Leenen/Gevers/Pinet, The Rights of Patients in Europe, S. 8.

⁴¹⁹ Dies., a.a.O. S. 10.

⁴²⁰ Penneau, in Medical Responsibility, S. 188 Rn. F 71.

⁴²¹ Kennedy, in Medical Responsibility, S. 140 Rn. GB 74.

⁴²² Busnelli/Zana, in Medical Responsibility, S. 385 Rn. I 49.

⁴²³ Lfdrup, in Medical Responsibility, S. 495 Rn. N 99.

⁴²⁴ Vgl. OGH vom 23.6.1982, JBl. 1983, 373, 375 (zur konkludenten Einwilligung).

⁴²⁵ Figueiredo Dias/Sinde Monteiro, in Medical Responsibility, S. 538 Rn. P 77.

⁴²⁶ Wiegand, in Honsell, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 169.

⁴²⁷ Art. 10 Nr. 6 der Ley General de Sanidad vom 25.4.1986; anders noch Santos Briz, in Medical Responsibility, S. 656.

erforderlich ist, Schriftlichkeit aus Beweisgründen empfohlen⁴²⁸. Außerdem gibt es dort Ausnahmen von der Regel. So wird vielfach für die Lebendspende von Organen⁴²⁹, für Sterilisationen⁴³⁰, für Schwangerschaftsabbrüche⁴³¹ und für wissenschaftliche Versuche Schriftform vorgeschrieben. In Frankreich hat darüber hinaus die Rechtsprechung verlangt, daß bei einer Behandlungsverweigerung des Patienten von diesem eine schriftliche Bestätigung zu fordern ist⁴³².

2. Aufklärung

Wie bereits gesagt, verlangen ausländische Rechte ebenso wie das deutsche nicht nur die Einwilligung des Patienten, sondern auch dessen vorherige Aufklärung. Das kommt schon terminologisch darin zum Ausdruck, daß im anglo-amerikanischen Rechtskreis »informed consent«, in Frankreich und frankophonen Staaten »consentement éclairé« gefordert wird. Allerdings spielt die Verletzung der Aufklärungspflicht in anderen europäischen Rechten aus unterschiedlichen Gründen nicht die gleiche dominierende Rolle eines Auffangtatbestandes für nicht beweisbare Behandlungsfehler wie im deutschen Recht⁴³³. Die Zahl der einschlägigen höchstrichterlichen Entscheidungen erreicht nicht entfernt die des Bundesgerichtshofs, und die Dogmatik dieser Pflichtverletzung erscheint längst nicht so ausdifferenziert wie bei uns.

a) Arten der Aufklärung

Im Vordergrund stehen auch in ausländischen Rechten Fälle der Selbstbestimmungsaufklärung in der Form der Risikoaufklärung.

aa) Anerkannt ist jedoch ebenfalls die sog. therapeutische oder Sicherheitsaufklärung, d.h. die Pflicht, den Patienten über die Notwendigkeit

⁴²⁸ S. z.B. für Großbritannien *Kennedy*, aaO.

⁴²⁹ Für Belgien siehe *Leenen/Gevers/Pinet*, *The Rights of Patients in Europe*, S. 8; für Frankreich siehe *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 188 Rn. F 72 sowie Décret no. 78-501 vom 31.3.1978 art. 2, D. 1978. 245 f. (außerdem behördliche Genehmigung bei nicht regenerationsfähigen Organen erforderlich); für Griechenland siehe *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 327 Rn. GR 117; für Italien siehe *Busnelli/Zana*, in *Medical Responsibility*, S. 607 Fn. 188 (außerdem gerichtl. Genehmigung erforderlich); für Norwegen siehe *Leenen/Gevers/Pinet*, a.a.O., S. 19.

⁴³⁰ Siehe z.B. für Norwegen *Leenen/Gevers/Pinet*, a.a.O.

⁴³¹ Für Frankreich siehe *Penneau*, a.a.O. (Fn. 104) sowie Code de santé public, L. 162. 5.

⁴³² Cass. Civ. 1re, 7.11.1961, D. 1962 Somm. 71.

ärztlicher Maßnahmen wie auch eigener Verhaltensweisen zu informieren, die zum Zwecke der Heilung oder der Vermeidung gesundheitlicher Gefahren erforderlich sind, so z.B. in Frankreich, Italien, den Niederlanden, Österreich und der Schweiz⁴³⁴. In Frankreich⁴³⁵, in Italien⁴³⁶ und den Niederlanden⁴³⁷ ist der Arzt ferner wie in Deutschland⁴³⁸ wegen verletzter Aufklärungspflicht schadensersatzpflichtig gemacht worden, weil er bei einer Sterilisation nicht auf das Risiko der Rekanalisation und daraus resultierender Schwangerschaften hingewiesen hatte, während in England in derartigen Fällen eine Haftung vom Court of Appeal verneint worden ist⁴³⁹.

Nicht dem Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung ist auch die sog. wirtschaftliche Aufklärung zuzurechnen, die den Patienten über die Kosten informieren und vor vermeidbaren finanziellen Nachteilen der Behandlung bewahren soll⁴⁴⁰. Nach der deutschen⁴⁴¹ hat sie neuerdings auch die schweizerische Rechtsprechung bejaht⁴⁴², und das niederländische Recht verlangt jedenfalls die Information über die Behandlungskosten⁴⁴³.

bb) Teil der Selbstbestimmungsaufklärung ist dagegen die Verlaufsaufklärung, zu der im weiteren Sinne auch die Aufklärung über die Folgen einer Nichtbehandlung sowie über Behandlungsalternativen gehört. Daß die Aufklärung beides umfassen muß, um dem Patienten eine echte Entscheidung zu ermöglichen, ist außer in Deutschland⁴⁴⁴ u.a. in England, Italien, den Niederlanden, Norwegen, Österreich, der Schweiz und Spanien anerkannt⁴⁴⁵.

⁴³³ Siehe für Deutschland *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 101; *Laufs*, *Arztrecht*⁵, Rn. 173. Zu den wenigen in der Tendenz ähnlichen schottischen Fällen siehe *Blackie*, in *Medical Responsibility*, S. 578 Rn. Sc. 47.

⁴³⁴ Siehe für Frankreich *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 188 Rn. F 69; für Italien Cass.civ., 8.7.1994, n. 6464, zit. nach *Zana*, Landesbericht Italien, in *Fischer/Lilie*, aaO. S. 275; für die Niederlande *Leenen/Gevers*, in *Medical Responsibility*, S. 431 Rn. NL 27; für Österreich vgl. OGH vom 12.7.1990, MedR 1991, 341 (wo allerdings in concreto eine Verpflichtung zur Aufklärung über die Verschiebung der Regelblutung infolge medikamentöser Behandlung verneint wurde); für die Schweiz *Wiegand*, in *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 190 ff. (Sicherungsaufklärung).

⁴³⁵ Cass.civ. 1re, 9.5.1983, D. 1984. 121 m. Anm. *Penneau*.

⁴³⁶ Trib. Venise, 25.11.1995, Resp. civ. priv. 1997, zit. n. *Zana*, Landesbericht Italien, in *Fischer/Lilie* aaO. S. 275.

⁴³⁷ Siehe *Dute*, aaO. S. 291.

⁴³⁸ BGH NJW 1981, 603; 1981, 2002.

⁴³⁹ *Eyre v. Measday* [1986] 1 All E.R. 488, C.A.; *Thake v. Maurice* (1986) Q.B. 644, C.A.; *Gold v. Haringey H.A.* [1988] Q.B. 481, C.A.

⁴⁴⁰ *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 119.

⁴⁴¹ BGH NJW 1983, 2630; NJW 1988, 759.

⁴⁴² BGE 119 II 456 (1993).

⁴⁴³ *Leenen/Gevers*, in *Medical Responsibility*, S. 433 Rn. 31.

⁴⁴⁴ Siehe z.B. BGH NJW 1988, 1516.

⁴⁴⁵ Für England siehe *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 202; für Italien Cass.civ., 15.1.1997, n. 364 Danno e resp. 1997, 178 zit. nach *Zana*, aaO., S. 275 f.; für die Niederlande Art. 7:448 Abs. 2 B.W.; für Norwegen *Lfdrup*, in *Medical Responsibility*, S. 493 Rn. N 97; für Österreich OGH vom 18.3.1981, JBl. 1982, 491, 494 (Verpflichtung mangels erkennbaren Risikos aber in concreto verneint); für die Schweiz BGE 114 Ia 350 ff. (1988); sowie *Wiegand*, in *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 139 f.; für Spanien Art. 10 Nr. 6 der Ley General de Sanidad von 25.4.1986.

cc) Bei der praktisch bedeutsamsten Aufklärungsart, nämlich der Risikoaufklärung, besteht über das »Ob« im Grundsatz international Einigkeit: Schädliche Folgen und Risiken einer Behandlung sind neben den Erfolgsaussichten der wichtigste Punkt für die Entscheidung des Patienten und müssen daher von der Aufklärung umfaßt sein. Auf der anderen Seite besteht ebenfalls Einigkeit darüber, daß - jedenfalls bei indizierten Behandlungsmaßnahmen - nicht über sämtliche auch ganz entfernten und exzeptionellen Risiken aufgeklärt werden muß⁴⁴⁶. Wo die einzelnen Rechte divergieren, und zwar zum Teil ganz erheblich, ist die Grenzziehung zwischen den aufklärungsbedürftigen und den nicht aufklärungsbedürftigen Risiken. Nach deutschem⁴⁴⁷, niederländischem⁴⁴⁸ und seit 1998 auch nach französischem Recht⁴⁴⁹ Recht ist über seltene Risiken aufzuklären, wenn die Folgen besonders schwerwiegend sind. Auf dem diametral entgegengesetzten Standpunkt stehen insbesondere das englische und wohl auch das italienische Recht⁴⁵⁰, selbst wenn dort in letzter Zeit die Aufklärungspflichten verstärkt worden sind⁴⁵¹. Z. B. haben die deutschen Gerichte das Risiko einer Querschnittslähmung, sofern es bekannt war, wegen der Bedeutung für die Lebensführung des Patienten für aufklärungsbedürftig gehalten, selbst wenn es sich nur selten verwirklicht hat⁴⁵², und das gleiche gilt für die Bewegungsunfähigkeit wesentlicher Gliedmaßen⁴⁵³. In England haben das House of Lords⁴⁵⁴ dagegen eine Information über so schwere Folgen nicht für erforderlich gehalten, sofern sie sehr selten eintreten, und das war ursprünglich auch die Auffassung der französischen Cour de Cassation⁴⁵⁵. Der österreichische OGH hält äußerst seltene Risiken nicht für aufklärungsbedürftig⁴⁵⁶, es sei denn, der Eingriff ist zwar medizinisch indiziert, aber nicht dringlich⁴⁵⁷.

Dafür, daß andere europäische Rechtsordnungen den Umfang der Aufklärungspflicht

⁴⁴⁶ Siehe für Belgien *Dalq*, Medical Responsibility, S. 91 Rn. B 73; England *Kennedy*, in Medical Responsibility, S. 142 Rn. GB 79; Frankreich *Penneau*, in Medical Responsibility, S. 187 Rn. F 67; Cour d'appel de Nîmes, 19.10.1964, D. 1965. Somm. 31; Cass.civ. 1re, 23.5.1973, Bull. I no. 181; 8.10.1974, Bull. I 1974 no. 255; 6.3.1979, D. 1980. I.R. 1970; 20.3.1984, D. 1985. I.R. 369; Griechenland *Fotakis*, in Medical Responsibility, S. 328 Rn. GR 119; Niederlande *Leenen/Gevers*, in Medical Responsibility, S. 433 Fn. NL 30 (außer bei sehr schweren Folgen); Norwegen *Lfdrup*, in Medical Responsibility, S. 492 f. Rn. N 96; Österreich: OGH vom 25.10.1996, RdM 1997, 90 m.w.Nachw.; Deutschland BGH NJW 1963, 393; *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 186.

⁴⁴⁷ *Laufs*, Arztrecht⁵ Rn. 187 f.; BGHZ 90, 103 (Querschnittslähmung nach Bestrahlung); 106, 391, 394 f. (Schultergelenkversteifung nach Injektion); OLG Hamm VersR 1988, 1133 (Querschnittslähmung bei zervikaler Myelographie).

⁴⁴⁸ Siehe *Leenen/Gevers*, in Medical Responsibility, S. 433 Rn. NL 30

⁴⁴⁹ Cass.civ. 1re 7.10.1998, D. 1999 Jur. 145 m. Anm. Porchy; 15.7.1999, D. 1999 Somm. 393; 18.7.2000, D. 2000 I.R. 217; ebenso Conseil d'État, 5.1.2000, D. 2000 I.R. 28.

⁴⁵⁰ Siehe die bei *Busnelli/Zana*, in Medical Responsibility, S. 384 Rn. I 46, aufgeführten Entscheidungen.

⁴⁵¹ Siehe *Zana*, aaO., S. 273 ff. m. Nachw.

⁴⁵² BGHZ 90, 103; OLG Hamm VersR 1988, 133.

⁴⁵³ BGHZ 106, 391, 394 f.

⁴⁵⁴ *Sidaway v. Gov. of Bethlem Royal Hospital* [1985] A.C. 871 (Risiko der Rückenmarksschädigung unter 1%).

⁴⁵⁵ Cass.civ. 1re, 23.5.1973, Bull. 1973 I no. 181; 8.10.1974 Bull. 1974 I no. 255.

⁴⁵⁶ OGH vom 24. 10. 1996, RdM 1997, 153; 25. 10. 1996, RdM 1997, 90; 29. 1. 1997, RdM 1997, 90 ff.

⁴⁵⁷ OGH vom 10. 7. 1997, RdM 1998,124; 7. 8. 1997, RdM 1998, 127.

teilweise enger ziehen als das deutsche Recht, gibt es hauptsächlich zwei miteinander in Zusammenhang stehende Gründe. Vor allem die Mehrheitsmeinung der englischen und schottischen Rechtsprechung wendet denselben Verkehrskreisstandard wie bei der Bestimmung von Sorgfaltspflichten, den sog. Bolam-Test⁴⁵⁸, an und betrachtet den Grad der Aufklärung in erster Linie als Frage des ärztlichen Urteils⁴⁵⁹, von dem der Richter allenfalls bei höheren Risikowahrscheinlichkeiten – etwa von 10 % – abweichen soll. Der Aufklärungsmaßstab wird also nicht aus der Sicht des Patienten, sondern aus der des Arztes bestimmt⁴⁶⁰. Dahinter steht als zweiter Grund die Auffassung, daß im Konflikt zwischen Selbstbestimmung und Patientenwohl das letztere überwiege. Diese auch in anderen Rechtsordnungen herrschende Anschauung⁴⁶¹ fand in früheren französischen Entscheidungen darin Ausdruck, daß sie die Aufklärung über seltene Risiken ohne besondere Nachfrage insbesondere deswegen ablehnten, damit der Patient nicht von einer notwendigen Behandlung abgeschreckt wird.

Wo diese letztgenannte Begründung nicht zutrifft, wird die Aufklärungspflicht weiter gezogen, d.h. sie erstreckt sich dann auch auf seltene Risiken. Das gilt zum einen für die therapeutische bzw. Sicherheitsaufklärung, die ja nicht Voraussetzung eines Eingriffs ist und deshalb auch nicht die Gefahr seiner Ablehnung heraufbeschwören kann. Wenn der Patient durch Aufklärung zur Vermeidung von Gefahren befähigt werden soll, ist er auch auf seltene Risiken hinzuweisen⁴⁶². Das gleiche gilt für alle medizinischen Maßnahmen, die nicht indiziert sind, d.h. die nicht seinem körperlichen oder gesundheitlichen Wohl dienen. Nach dem auch in anderen Rechten geltenden Grundsatz, daß die Aufklärung um so eingehender sein muß, je weniger dringlich der Eingriff ist, ist bei nicht indizierten Behandlungen auch über seltene Risiken aufzuklären. Das gilt zum einen für Eingriffe, die zwar dem eigenen, nicht aber dem gesundheitlichen Interesse des Patienten dienen, wie z.B. kosmetische Operationen⁴⁶³ sowie nicht-therapeutische Sterilisationen und

⁴⁵⁸ Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] 1 W.L.R. 582.

⁴⁵⁹ Sidaway v. Gov. of Bethlehem Royal Hospital [1985] A.C. 871, 900 (per Lord Bridge of Harwich), zustimmend Lord Templeman und Lord Keith of Kinkel, für strikte Anwendung des Bolam-Tests Lord Diplock; Gold v. Haringey H.A. [1988] Q.B. 481, (C.A.). Eingehende Würdigung bei Hauschild, Armin, Der Maßstab für die ärztliche Aufklärung im amerikanischen, englischen und deutschen Recht (1994), S. 83 ff.

⁴⁶⁰ Ähnlich für Italien Busnelli/Zana, in Medical Responsibility, S. 386 Rn. I 51.

⁴⁶¹ Siehe für Belgien Dalcq, in Medical Responsibility, S. 96 f. Rn. B 54; für England Kennedy, in Medical Responsibility, S. 143 Rn. GB 82; für Griechenland Fotakis, in Medical Responsibility, S. 326 Fn. GR 111 f.; für Italien Zana, Landesbericht Italien, in Fischer/Lilie aaO. S. 274, für Österreich OGH vom 25.1.1994, JBl. 1995, 245; 23.6.1982, JBl. 1983, 373. Anders für die Niederlande Leenen/Gevers, in Medical Responsibility, S. 433 f. Rn. NL 32.

⁴⁶² Cass.civ. 1re, 20.1.1987, D. 1987 Somm. 419 m. Anm. Penneau.

⁴⁶³ Siehe für England Kennedy, in Medical Responsibility, S. 144 Rn. GB 83; für Frankreich Penneau, in Medical Responsibility, S. 187 Rn. F 68; Cass.civ. 1re, 17.11.1969, D. 1970.85; 22.9.1981, D. 1982 I.R. 274 m. Anm. Penneau; 14.1.1992, D. 1993 Somm. 29 m. Anm. Penneau; 17.2.1998, Bull. civ. I, no. 67, m. Anm. Jourdain RTD civ.

Abtreibungen⁴⁶⁴. Zum andern gilt es in noch stärkeren Maße bei altruistischen Maßnahmen wie Organ-, Gewebe- oder Blutspenden⁴⁶⁵ und wissenschaftliche Experimenten⁴⁶⁶.

b) Aufklärungsverzicht und therapeutisches Privileg

aa) Da die Aufklärung der Selbstbestimmung des Patienten dient, kann dieser auch auf sie verzichten. Das gilt nicht nur für das deutsche Recht⁴⁶⁷, sondern ebenso für ausländische Rechte⁴⁶⁸ wie z.B. das englische⁴⁶⁹, französische⁴⁷⁰, niederländische⁴⁷¹, österreichische⁴⁷² und schweizerische Recht⁴⁷³. Allerdings wird zu Recht darauf hingewiesen, daß ein solcher Verzicht nur für die Aufklärung über Risiken und Nebenwirkungen wirksam ist, nicht für Art und Zweck des Eingriffs⁴⁷⁴. Im niederländischen Recht wirkt er nicht, wenn die aus einem Unterbleiben der Aufklärung für den Patienten selbst oder Dritte möglicherweise entstehenden Nachteile schwerer wiegen als sein Verzichtsinteresse⁴⁷⁵. Im übrigen lag bei den ausländischen Entscheidungen, die einen wirksamen Aufklärungsverzicht bejahten, kein ausdrücklicher, sondern allenfalls ein konkludenter, auf die besondere Situation und mangelnde Fragen des Patienten gegründeter Aufklärungsverzicht vor, bei dem eher auf dessen therapeutisches Interesse als auf seinen wirklichen Verzichtswillen abgestellt wurde. Damit reichen sie aber schon in den Bereich des therapeutischen Privilegs hinein.

1998, 681; unverständlich großzügig aber Cass.civ. 1 re, 15.10.1992, D. 1993. 589; w. Nachw. in Encyclopédie Dalloz, Médecine no. 536 f.; für Italien *Zana*, aaO., S. 275 m. Nachw.; für die Niederlande *Leenen/Gevers*, in Medical Responsibility, S. 433 Rn. NL 30; *Dute*, Landesbericht Niederlande, in *Fischer/Lilie* aaO. S. 291; für Norwegen *Lødrup*, in Medical Responsibility, S. 493 Rn. N 97; für Portugal *Figueiredo Dias/Sinde Monteiro*, in Medical Responsibility, S. 538 Rn. P 77; für die Schweiz *Hausheer*, in Medical Responsibility, S. 755 Rn. CH 64.

⁴⁶⁴ Siehe für Frankreich *Penneau*, in Medical Responsibility, a.a.O., unter Hinweis auf den Code Santé publ., art. L. 162.3; *ders.*, Gaz. Pal. 1.-5.1.1999, S. 8, 9; für Italien *Zana*, a.a.O. S. 275 m. Nachw.; für die Niederlande siehe *Leenen/Gevers*, a.a.O.

⁴⁶⁵ Siehe für Frankreich Loi no. 76-1181 vom 22.11.1976, D. 1977.13 und Décret no. 78-501 vom 31.3.1978, D. 1978.245.

⁴⁶⁶ Siehe für England *Kennedy*, in Medical Responsibility, S. 144 Rn. GB 83; für Frankreich *Penneau*, aaO., S. 256 ; Code Santé publ. art. L. 209-9; für Norwegen *Lødrup*, in Medical Responsibility, S. 498 Rn. N 108.

⁴⁶⁷ BGHZ 29, 46, 54 (obiter); *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 148; *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 138.

⁴⁶⁸ *Giesen*, MML, § 31 Rn. 827 ff.

⁴⁶⁹ *Kennedy/Grubb*, Medical Law², S. 232 f.

⁴⁷⁰ Trib. civ. Seine, 2.3.1937, Gazette des Tribunaux 1937.2.388; siehe dazu *Eberhardt*, Dietrich, Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Deutschlands und Frankreichs (1968), S. 117 f., 125 f.. Ob der zitierte Fall heute noch so entschieden würde, ist allerdings zu bezweifeln. Jedoch wird die Möglichkeit des Aufklärungsverzichts auch in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung bewußt betont; Cass. civ. 1re, 7.10.1998, D. 1999 Jur. 145; 15.7.1999, D. 1999 Somm. 393; 18.7.2000, D. 2000 I.R. 217.

⁴⁷¹ Art. 7:449 B.W.

⁴⁷² OGH vom 23.6.1982, Jbl. 1983, 373, 375; bei Kropfoperation Risiko der Stimmbandlähmung im Gegensatz zu BGH VersR 1961, 1036 und NJW 1980, 1333 gegenüber psychisch labiler ängstlicher Klägerin für nicht aufklärungsbedürftig erklärt.

⁴⁷³ BGE 105 II 284, 288 (1979) (obiter).

⁴⁷⁴ Für England siehe *Kennedy/Grubb*, Medical Law², S. 233; für die Schweiz *Wiegand*, in *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 165.

⁴⁷⁵ Siehe Art. 7:449 B.W. sowie *Dute*, aaO., S. 291.

bb) Von ärztlicher Seite ist gegen die Aufklärungspflicht von jeher eingewandt worden, daß sie den Patienten mehr schade als nütze, weil sie diese ängstige und dadurch die Heilung beeinträchtige oder gar zur Behandlungsverweigerung führe⁴⁷⁶. Soweit diese Gefahr wirklich besteht, wird die Aufklärungspflicht durch das sog. therapeutische Privileg bzw. die Kontraindikation der Aufklärung beschränkt⁴⁷⁷. Danach kann die Aufklärung (und Einwilligung) in besonders schweren Fällen entfallen kann, wenn durch sie der Behandlungserfolg gefährdet würde und ein entgegenstehender Wille des Kranken nicht erkennbar ist. Dieser Grundsatz ist in fast allen europäischen Rechten wie z.B. in Belgien⁴⁷⁸, Frankreich⁴⁷⁹, Griechenland⁴⁸⁰, den Niederlanden⁴⁸¹, Österreich⁴⁸², Portugal⁴⁸³, der Schweiz⁴⁸⁴ und Spanien⁴⁸⁵ aufzufinden. Art. 7:448 Abs. 3 des niederländischen B.W. enthält dazu die ausführlichste Regelung. Sie verlangt nämlich, falls im Interesse des Patienten erforderlich, die Aufklärung eines Dritten. Außerdem muß der behandelnde Arzt vorher einen Kollegen konsultiert haben, und schließlich muß die Aufklärung nachgeholt werden, sobald keine Gefahr mehr besteht. Das therapeutische Privileg soll auf Ausnahmefälle wie zu befürchtenden Selbstmord oder sonstige lebensbedrohliche Situationen begrenzt sein⁴⁸⁶. In der englischen Rechtsprechung ist das therapeutische Privileg bisher – zumindest von der Mehrheitsmeinung des House of Lords⁴⁸⁷ – nicht als besonderer Ausnahmegrund anerkannt. Dies ist jedoch auch nicht nötig, solange den Ärzten nach dem bereits erwähnten Bolam-Test⁴⁸⁸ ein Beurteilungsspielraum zugebilligt wird, aufgrund dessen sie über den Umfang der für den Patienten erforderlichen und zumutbaren Aufklärung entscheiden⁴⁸⁹.

Man kann deshalb wohl davon ausgehen, daß das Recht des Arztes, den Heilzweck gefährdende Informationen zurückzuhalten, im Grundsatz allgemein anerkannt wird. Die ausländische Rechtspraxis geht mit der Anwendung dieses Grundsatzes sogar

⁴⁷⁶ Laufs, *Arztrecht*⁵, Rn. 171.

⁴⁷⁷ Deutsch, *Medizinrecht*³, Rn. 149 ff.; Giesen, *Arzthaftungsrecht*⁴, Rn. 309 f.

⁴⁷⁸ Dalcq, in *Medical Responsibility*, S. 96 f. Rn. B 94 mit Nachw. unveröffentl. Entsch.

⁴⁷⁹ Art. 42 Code de Déontologie; Penneau, in *Medical Responsibility*, S. 188 Rn. F 70; Cass. civ. 1re, 23.5.2000, D. 2000 Jur. 470 m.Anm. Jourdain.

⁴⁸⁰ Fotakis, in *Medical Responsibility*, S. 328 Rn. GR 118.

⁴⁸¹ Art. 7:448 Abs. 3 B.W.; Dute, aaO., S. 290 f.

⁴⁸² Steiner, in *Medical Responsibility*, S. 30 Rn. A 49.

⁴⁸³ Figueiredo Dias/Sinde Monteiro, in *Medical Responsibility*, S. 550 Rn. P 107.

⁴⁸⁴ BGE 117 I b 197, 203 (1991); 113 I B 420, 426 (1987); 108 II 59, 61 (1982); 105 II 285, 288 (1979); Hausheer, in *Medical Responsibility*, S. 753 Rn. CH 59, 60; ders., Landesbericht Schweiz, in *Fischer/Lilie* aaO. S. 324; zurückhaltend Wiegand, in *Honsell*, *Handbuch des Arztrechts* (1994), S. 144 f.

⁴⁸⁵ Romeo-Casabona, Landesbericht Spanien, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 344 f.

⁴⁸⁶ Dute, aaO., S. 290 f.

⁴⁸⁷ Anders Lord Scarman in *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* [1985] A.C. 871, 887.

⁴⁸⁸ *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 W.L.R. 582.

zumeist weiter als die deutsche; denn zumindest in einem Teil der dortigen Entscheidungen ist die Verletzung einer Aufklärungspflicht wegen des therapeutischen Privilegs abgelehnt worden, während in Deutschland noch keine höchstrichterliche Entscheidung mit dieser Begründung eine Klage abgewiesen hat⁴⁹⁰.

c) Beweislast und Form der Aufklärung

aa) Einer der Gründe dafür, daß in Deutschland die Verletzung der Aufklärungspflicht zum Auffangtatbestand geworden ist, liegt darin, daß die Beweislast für Erfüllung dieser Pflicht bei der Selbstbestimmungsaufklärung⁴⁹¹ dem Arzt obliegt⁴⁹². Auf diesem Standpunkt stehen auch die Rechte der Niederlande⁴⁹³, Österreichs⁴⁹⁴, Portugals⁴⁹⁵, der Schweiz⁴⁹⁶ und seit 1997 die höchstrichterliche Rechtsprechung Frankreichs⁴⁹⁷. Dagegen hatte vorher die französische Cour de Cassation die Pflichtverletzung als Anspruchsvoraussetzung qualifiziert, die der Patient zu beweisen hatte⁴⁹⁸, und dieser Rechtsprechung folgt man auch in Belgien⁴⁹⁹. Auf dem gleichen Standpunkt steht ferner die englische Rechtsprechung⁵⁰⁰. Der Patient muß, weil die Klage auf »negligence« zu stützen ist, beweisen, daß der Arzt seine »duty to inform« nicht erfüllt hat, und daß er im Falle der Aufklärung dem Eingriff nicht zugestimmt hätte⁵⁰¹. Der zuletzt genannte Punkt betrifft weniger die Aufklärung selbst als vielmehr die Ursächlichkeit der Aufklärungspflichtverletzung für die Erteilung der Einwilligung. Auf dem Standpunkt, daß keine Schadensersatzpflicht besteht, wenn der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung ebenfalls eingewilligt hätte, stehen neben dem englischen⁵⁰² auch das deutsche⁵⁰³, belgische⁵⁰⁴, französische⁵⁰⁵

⁴⁸⁹ *Kennedy/Grubb*, Medical Law², S. 211 f.

⁴⁹⁰ *Steffen*, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht⁶ (1995), S. 148.

⁴⁹¹ Anders bei der therapeutischen bzw. Sicherheitsaufklärung BGH NJW 1981, 2002 = JR 1981, 499 m. Anm. *Fischer*; OLG Karlsruhe VersR 1987, 1247; *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 159; *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 633.

⁴⁹² *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 156; *Franzki*, Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß (1982), S. 120 ff.; *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 173, 591; RGZ 68, 431, 438; BGHZ 29, 176, 187; BGH NJW 1985, 1399; VersR 1992, 237.

⁴⁹³ *Leenen/Gevers*, in Medical Responsibility, S. 435 Rn. NL 36; vgl. auch H.R. vom 18.2.1994, N.J. 1994, 368; *Dute*, aaO., S. 293.

⁴⁹⁴ OGH vom 12.11.1992, JBl. 1994, 336; 25.1.1994, JBl. 1995, 245, 247.

⁴⁹⁵ *Figueiredo Dias/Sinde Monteiro*, in Medical Responsibility, S. 538 Rn. P 77.

⁴⁹⁶ BGE 117 I b 197, 202 (1991); 115 I b 175, 181 (1989); 113 I b 420, 425 (1987); 108 II 59, 64 (1982); *Wiegand*, in *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 152, 155, 194.

⁴⁹⁷ Cass.civ. 1re, 25.2.1997, Gaz.Pal. 27-29 avr. 1997 D. 1997 Somm. 319; RTD civ. 1997, 924; 27.5.1998, D. 1998 Jur. 530, *Penneau*, Landesbericht Frankreich, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 254.

⁴⁹⁸ Cass.civ. 1re, 29.5.1951, D. 1952.53 m. Anm. *Savatier*, 21.2.1961, D. 1961.531; 11.1.1966, D. 1966. 266; 8.10.1974, Gaz.Pal. 1975.1. 273; Cour d'appel Lyon, 16.4.1956, D. 1956. 693.

⁴⁹⁹ *Dalcq*, in Medical Responsibility, S. 93 Rn. B 80-82.

⁵⁰⁰ *Chatterton v. Gerson* [1980] 3 W.L.R. 1003, 1012 f.; *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlehem Royal Hospital* [1985] A.C. 871, 876 (per *Lord Scarman*).

⁵⁰¹ *Kennedy*, in Medical Responsibility, S. 142 Rn. GB 78; vgl. auch *Giesen*, MML, § 20 II Rn. 504.

⁵⁰² Vgl. auch *Smith v. Barking, Havering & Brentwood H.A.* (1994) 5 Med.L.R. 285; *Blackie*, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 236.

norwegische⁵⁰⁶, österreichische⁵⁰⁷ und schweizerische⁵⁰⁸ Recht. Die Anschauungen divergieren wieder hinsichtlich der Beweislast. Das belgische Recht erlegt sie wie das englische dem Patienten auf, das deutsche, österreichische und schweizerische dem Arzt⁵⁰⁹. Der Unterschied wird aber durch die neuere Rechtsprechung zum echten Entscheidungskonflikt etwas abgemildert. Denn immerhin muß nunmehr auch in Deutschland⁵¹⁰, Österreich⁵¹¹ und der Schweiz⁵¹² der nicht hinreichend aufgeklärte Patient plausibel und substantiiert darlegen, warum er bei Kenntnis der aufklärungsbedürftigen Tatsachen die Behandlung abgelehnt hätte.

bb) Während eine sorgfältige Dokumentation den Beweis der Aufklärung erleichtert⁵¹³, besteht jedenfalls im deutschen Rechtskreis Einigkeit darüber, daß eine schriftliche Aufklärung mit Hilfe von Formularen weder erforderlich noch allein ausreichend ist⁵¹⁴. Meistens sind diese Formulare zu allgemein gehalten und nennen gerade das im Streitfall verwirklichte Risiko nicht. Außerdem beweisen sie nicht, daß der Patient sie gelesen und verstanden hat⁵¹⁵. Deshalb ist sowohl in Deutschland als auch in Österreich⁵¹⁶ und der Schweiz⁵¹⁷ das persönliche Aufklärungsgespräch unverzichtbar. In den Niederlanden muß die Aufklärung nach Art. 7:448 Abs. 1 B.W. die Aufklärung schriftlich erfolgen, wenn der Patient es verlangt⁵¹⁸. In Frankreich läßt die Rechtsprechung jedes Beweismittel zu, verlangt also keine Schriftform⁵¹⁹.

d) Folgen der Aufklärungspflichtverletzung

Über die tatbestandliche Einordnung der Aufklärungspflichtverletzung (Körperverletzung bzw. Persönlichkeitsrechtsverletzung) bestehen auch bei rechtsvergleichender Betrachtung unterschiedliche Auffassungen. So wird wie in

⁵⁰³ *Laufs*, *Arztrecht*⁵, Rn. 630; BGHZ 90, 103, 111; BGH NJW 1980, 1333, 1334; BGHZ 29, 176, 187.

⁵⁰⁴ *Dalcq*, in *Medical Responsibility*, S. 98 f. Rn. B 100 f.

⁵⁰⁵ Cass. civ. 1re, 20.6.2000, D. 2000 I.R. 198; Somm. 471 m. Anm. Jourdain. Ebenso bei Verbesserung des Zustands Cass. civ. 1re, 7.10.1998, Gaz. Pal. 23./24.12.1998, Pan. 341.

⁵⁰⁶ *Lfdrup*, in *Medical Responsibility*, S. 496 Rn. N 101.

⁵⁰⁷ OGH vom 21.9.1989, JBl. 1990, 459; 6.7.1991, JBl. 1992, 520, 521; 25.1.1994, JBl. 1995, 245.

⁵⁰⁸ BGE 117 I b 203, 206 ff. (1991); *Wiegand*, in *Honsell*, *Handbuch des Arztrechts* (1994), S. 184 f.

⁵⁰⁹ Nachw. in den vorstehenden Fn.

⁵¹⁰ BGHZ 90, 103, 111 f.; BGH NJW 1990, 2928; 1991, 2342.

⁵¹¹ OGH vom 11.3.1999, RdM 2000, 28.

⁵¹² BGE 117 I b 203, 209 (1991).

⁵¹³ BGH NJW 1981, 2002, 2004.

⁵¹⁴ BGHZ 90, 103, 110; BGH NJW 1985, 1399.

⁵¹⁵ Vgl. *Fischer*, JR 1981, 501, 502.

⁵¹⁶ OGH vom 31.1.1995, zit. bei *Steiner*, *Landesbericht Österreich*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 312.

⁵¹⁷ *Wiegand*, in *Honsell*, *Handbuch des Arztrechts* (1994), S. 149; *Hausheer*, aaO., S. 325.

⁵¹⁸ *Dute*, aaO., S. 290.

⁵¹⁹ Cass. civ. 1re 14.10.1997, Gaz. Pal. 1997, 2, Pan. 312.

Deutschland auch in Österreich⁵²⁰ und der Schweiz⁵²¹ von einer Körperverletzung ausgegangen. Andere ausländische Rechte sind hier - zumindest im Strafrecht - meist sehr zurückhaltend. Zwar hat der italienische Kassationshof eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung in einem Fall bejaht, in dem ein wesentlich weitergehender Eingriff als mit dem Patienten abgesprochen erfolgt war⁵²². Aber hier fehlte es für diesen Eingriff bereits an der Einwilligung als solcher. In Portugal ist nach Art. 150 des am 1.1.1983 in Kraft getretenen neuen Strafgesetzbuchs die indizierte ärztliche Behandlung keine Körperverletzung mehr⁵²³. Ebenso stellt nach französischer Rechtsprechung eine indizierte Operation trotz fehlender Aufklärung keine Straftat, sondern nur eine »faute civile« dar⁵²⁴, für die in der Literatur ein Ersatz des immateriellen Schadens (*dommage moral*) befürwortet wird⁵²⁵. Dem entspricht es, daß in Großbritannien die auf die Bedrohung und Verletzung der körperlichen Integrität abstellenden Tatbestände »assault«, »battery« und »trespass« nur noch bei Fehlen jeglicher Aufklärung in Frage kommen⁵²⁶, während der übliche Haftungsgrund für Verletzungen der Aufklärungspflicht jetzt »negligence« ist⁵²⁷. In Schweden erfolgt bei *lege artis* durchgeführten Eingriffen, selbst wenn keine Risikoaufklärung erfolgt ist, keine Entschädigung durch die Patientenversicherung⁵²⁸.

⁵²⁰ OGH vom 25.3.1955, SZ 28/83; *Koziol*, Öster. Haftpflichtrecht II², S. 120. Im Strafrecht ist die eigenmächtige Heilbehandlung allerdings ein besonderer Straftatbestand: § 110 StGB.

⁵²¹ BGE 117 I b 197 ff. (1991); *Wiegand*, in *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 186 ff. m. w. Nachw.

⁵²² Cass. vom 13.5.1992, zit. nach *Zana*, Landesbericht Italien, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 273 f.

⁵²³ *Figueiredo Dias/Sinde Monteiro*, in *Medical Responsibility*, S. 540 Rn. P 102.

⁵²⁴ Cass.civ. 1re., 17.11.1969, D. 1970.85.

⁵²⁵ *Porchy*, Lien causal, préjudices réparables at non-respect de la volonté du patient, D. 1998, Chron. 379; *Jourdain*, D. 2000 Somm. 470, 471.

⁵²⁶ *Blackie*, aaO., S. 238 f.; vgl. auch *Chatterton v. Gerson* (1981) Q.B. 432, 443 (per *Bristow*, J.).

⁵²⁷ *Chatterton v. Gerson*, a.a.O.; *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 151 ff. m. w. Nachw.

⁵²⁸ *Hellner*, in *Medical Responsibility*, S. 718 Rn. S 86.

II. Behandlungsfehler - einschließlich Beweislast

1. Haftungsgrundlagen

Während sich das Nebeneinander von vertraglicher und deliktischer Haftung im deutschen Recht auch in den meisten ausländischen Rechten findet⁵²⁹, gilt umgekehrt für das französische Recht das Prinzip des non-cumul. Danach sind die deliktsrechtlichen Vorschriften des Code civil nicht anwendbar, wenn es sich um einen Fehler handelt, der in Ausführung einer vertraglichen Verpflichtung begangen worden ist⁵³⁰. Dieses Prinzip hat die Cour de cassation seit der Leitentscheidung aus dem Jahre 1936 auf die Haftung für ärztliche Behandlungsfehler erstreckt⁵³¹. Damit wurde vermieden, daß die Ansprüche wegen der an das Strafrecht gekoppelten Deliktsverjährung innerhalb von drei Jahren unabhängig von der Kenntnis des Geschädigten verjährten, und stattdessen die 30-jährige Verjährung für Vertragsansprüche eröffnet⁵³².

Das belgische Recht hat hingegen bei gleicher gesetzlicher Grundlage die Anspruchskonkurrenz bejaht⁵³³, aber beide Ansprüche der vom Strafrecht diktierten kurzen Verjährung unterworfen⁵³⁴, die erst jüngst von einem Urteil der Cour d'Arbitrage wegen Verfassungswidrigkeit durch eine Frist von 30 Jahren ersetzt worden ist⁵³⁵. Von der einheitlichen Wirkung der deliktischen Verjährung sind auch mehrere amerikanische Gerichte, darunter ein Berufungsgericht des Bundes ausgegangen⁵³⁶. Jedoch finden sich ebenfalls Entscheidungen, nach denen jeder Anspruch seiner eigenen Verjährung unterliegt, und schließlich existiert in verschiedenen Staaten eine Verjährungsfrist für »malpractice actions«, also Behandlungsfehlerklagen, die unabhängig von der Rechtsgrundlage eingreift⁵³⁷.

Überhaupt sind die Auswirkungen auch dann, wenn wie in der Mehrzahl der Rechtsordnungen die vertragliche wie die deliktische Haftung bejaht wird, in den einzelnen Rechten unterschiedlich. Das spanische Recht läßt zwar grundsätzlich die

⁵²⁹ Giesen, International Medical Malpractice Law (MML), § 5 I m. w. Nachw.; siehe ferner die Berichte von Steiner, *Dalcq* u.a. in Medical Responsibility, Rn. A 42, 59, 103; B 30, 39; GB 59; Sc 32; GR 80; I 29; NL 26; P 47 ff.; E 62 f.

⁵³⁰ Cass. civ. 11.1.1922, D. 1922.1.16, S. 1924.1.105; D. 1927.1.111; Cass. civ. 6.4.1927, S. 1927.1.201.

⁵³¹ Cass. civ. 20.5.1936, D.P. 1936.1.88, Gaz.Pal. 1936.2.41; siehe dazu Schlechtriem, Vertragliche und außervertragliche Haftung (1972), S. 153 ff.

⁵³² Vgl. Penneau, La responsabilité médicale (1977), Nr. 115. Ansprüche gegen den Staat, also auch gegen öffentliche Krankenhäuser verjähren aufgrund eines Gesetzes vom 31.12.1968 (Loi no. 68-1250) in vier Jahren.

⁵³³ Cass. 14.6.1965; *Dalcq*, in Medical Responsibility, S. 79 Rn. B 29, 39.

⁵³⁴ *Dalcq*, a.a.O., Rn. B 28 ff.

⁵³⁵ Siehe *Dalcq*, Landesbericht Belgien, in Fischer/Lilie aaO., S. 181.

⁵³⁶ Siehe Kozan v. Comstock, 5th Cir. 1959, 270 F.2d 839 m.w.Nachw.

⁵³⁷ Vgl. zum ganzen American Jurisprudence 2d (AmJur 2d), Physicians and Surgeons, § 181 m. w. Nachw.

Wahl zwischen beiden Ansprüchen zu⁵³⁸, gibt aber regelmäßig der Vertragshaftung den Vorzug⁵³⁹. Dagegen liegt in England und Schottland der Schwerpunkt der Arzthaftung⁵⁴⁰ im Deliktsrecht; denn die große Mehrzahl der Patienten, die von Ärzten des National Health Service behandelt wird, steht zu diesen in keinem vertraglichen Verhältnis⁵⁴¹, und außerdem ist die Deliktshaftung für den Patienten wohl eher günstig als nachteilig⁵⁴². Unterschiede bei der Beweislast und der Gehilfenhaftung bestehen jedenfalls nicht, und auch die Verjährungsfrist beträgt nach Sect. 11 des Limitation Act 1980 für »personal injuries« einheitlich 3 Jahre ab Kenntnis⁵⁴³, ist also unabhängig von der Haftungsgrundlage. Ebenso liegt im schwedischen Recht, in dem die Haftung des Arztes existiert, aber wegen der Versicherungslösung wenig Bedeutung hat, der Schwerpunkt im Deliktsrecht, und die Konkurrenzfrage spielt praktisch keine Rolle⁵⁴⁴.

Bei den Rechten, die die Anspruchskonkurrenz bejahen, ist dies wegen unterschiedlicher Verjährungsfristen von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen im griechischen⁵⁴⁵, italienischen⁵⁴⁶, portugiesischen⁵⁴⁷ und schweizerischen⁵⁴⁸ Recht von Bedeutung. Dagegen sieht das österreichische Recht in § 1489 ABGB eine einheitliche Verjährung vor, tendiert aber bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen eher zur Umkehr der Beweislast⁵⁴⁹. Die unterschiedliche Ausgestaltung der Gehilfenhaftung, nach der für Erfüllungsgehilfen streng, für Verrichtungsgehilfen mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises gehaftet wird, ist ein Spezifikum des deutschen Rechtskreises⁵⁵⁰ und findet sich über Deutschland, Österreich⁵⁵¹ und die Schweiz⁵⁵² hinaus nur in Spanien⁵⁵³. Allerdings ist auch in den Rechten, die wie das common law, das französische und italienische Recht sowie die skandinavischen Rechte eine strikte deliktische Gehilfenhaftung haben⁵⁵⁴, der Kreis der Hilfspersonen im Deliktsrecht wohl regelmäßig enger gezogen als der der Erfüllungsgehilfen. Denn deliktsrechtlich wird nur für Personen gehaftet, die in einem

⁵³⁸ Santos Briz, in Medical Responsibility, S. 653 Rn. E 62 f.

⁵³⁹ Ders., a.a.O., Rn. E 64.

⁵⁴⁰ Vgl. zur allgemeinen Behandlung des Konkurrenzproblems dort Weir, in IECL XI 12-68.

⁵⁴¹ Blackie, in Medical Responsibility, S. 571 f. Rn. Sc 31; Kennedy, in Medical Responsibility, S. 135 Rn. GB 60.

⁵⁴² Blackie, a.a.O., Rn. Sc 32 m.Nachw.

⁵⁴³ Kennedy, a.a.O., S. 152 Rn. GB 105, Giesen, MML, S. 489 Rn. 998 Fn. 13.

⁵⁴⁴ Hellner, in Medical Responsibility, S. 700 Rn. S 28.

⁵⁴⁵ Art. 249 - Vertragsansprüche bis 20 Jahre; Art. 937 - Deliktsansprüche (ab Kenntnis) 5 Jahre.

⁵⁴⁶ Art. 2946 C.C. - Vertragsansprüche 10 Jahre; Art. 2947 C.C. - Deliktsansprüche 5 Jahre.

⁵⁴⁷ Art. 309 C.C. - Vertragsansprüche 20 Jahre; Art. 498 C.C. - Deliktsansprüche (ab Kenntnis) 3 Jahre.

⁵⁴⁸ Art. 127 OR - Vertragsansprüche 10 Jahre; Art. 60 OR - Deliktsansprüche (ab Kenntnis) 1 Jahr.

⁵⁴⁹ Siehe Steiner, in Medical Responsibility S. 33.

⁵⁵⁰ Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung Bd. II² (1984), S. 372 ff.; vgl. auch Eörsi, IECL XI 4-21, 23.

⁵⁵¹ §§ 1313a ABGB (Erfüllungsgehilfe), 1315 ABGB (Verrichtungsgehilfe).

⁵⁵² Art. 101 OR (Vertrag), Art. 55 OR (Delikt).

⁵⁵³ Art. 1904 C.c.

Weisungs- oder Abhängigkeitsverhältnis stehen, während die Vertragshaftung auch für selbständig handelnde Erfüllungsgehilfen eintreten kann⁵⁵⁵. Schließlich wird der Standpunkt des deutschen Rechts, daß Schmerzensgeld nur aus unerlaubter Handlung, nicht aber auf vertraglicher Grundlage geschuldet wird, zwar von Griechenland⁵⁵⁶ und Italien⁵⁵⁷ geteilt, aber im deutschen Rechtskreis nicht einmal von Österreich⁵⁵⁸ und der Schweiz⁵⁵⁹ und ebensowenig von den meisten Ländern des angelsächsischen⁵⁶⁰ wie des romanischen Rechtskreises⁵⁶¹.

2. Verletzung von Sorgfaltspflichten

a) Verschuldensprinzip

Voraussetzung für die Haftung wegen Behandlungsfehlers ist im deutschen Recht sowohl im Vertrags- als auch im Deliktsrecht ein Verschulden, in der Regel also Fahrlässigkeit. Das gleiche gilt für ausländische Rechtsordnungen. Im anglo-amerikanischen Recht muß, soweit nicht ausnahmsweise der Vorsatztatbestand der »battery« vorliegt, »negligence« gegeben sein⁵⁶², im französischen Recht »faute«⁵⁶³. Der Arzt schuldet also normalerweise keinen bestimmten Behandlungserfolg, insbesondere nicht die Heilung. Deshalb wird der Arztvertrag im deutschen Rechtskreis nicht als Werk-, sondern als Dienstvertrag qualifiziert⁵⁶⁴, die Pflicht des Arztes im französischen Recht nicht als »obligation de résultat«, sondern als »obligation de moyens«⁵⁶⁵. Allerdings gibt es Ausnahmen. Eine solche haben amerikanische Gerichte dort anerkannt, wo der Arzt, insbesondere im kosmetischen

⁵⁵⁴ Vgl. *Eörsi*, IECL XI 4-21, 22.

⁵⁵⁵ So z.B. für Griechenland *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 337 f. Rn. GR 147.

⁵⁵⁶ Art. 299, 932 BGB.

⁵⁵⁷ Nach Art. 2059 c.c. Ersatz von Nichtvermögensschäden nur in den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen, d.h. insbes. nach Art. 185 Abs. 2 c.p. bei Straftaten, siehe *Kindler*, Einführung in das italienische Recht (1993), S. 214.

⁵⁵⁸ § 1325 ABGB; OGH vom 31.10.1974, JBI. 1975, 426.

⁵⁵⁹ Art. 99 Abs. 3 OR; BGE 80 II 256.

⁵⁶⁰ Siehe für England *Jarvis v. Swan Tours*, [1973] 1 Q.B. 233 (C.A.); für Amerika Nachw. bei *Weir*, IECL XI ch. 12-24 Fn. 80.

⁵⁶¹ Siehe *Hübner/Constantinesco*, Einführung in das französische Recht³, S. 163.

⁵⁶² Siehe *Kennedy*, in *Medical Responsibility*, S. 134 ff.

⁵⁶³ *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 183 Rn. F 54.

⁵⁶⁴ *Giesen*, MML, S. 12; *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 64; BGHZ 63, 306 (selbst zahnärztliche Prothetik mit Ausnahme der technischen Anfertigung Dienstvertrag); OLG Köln VersR 1988, 1049 (kosmetische Operation Werkvertrag).

⁵⁶⁵ *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 181 f. Rn. F 49 f.; *Sargos*, D. 1996, Chron. 395; Cass.civ. 1re, 25.2.1997, Gaz.Pal. 27.-29.4.1997, 19 ff. Ebenso für das belgische Recht *Dalq*, in *Medical Responsibility*, S. 82 Rn. B 39; für die Niederlande *Leenen/Gevers*, in *Medical Responsibility*, S. 427 Rn. NL 20; *Dute*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 293 f.; für Italien *Busnelli/Zana*, *Medical Responsibility*, S. 388, Rn. I 59; für die Schweiz *Hausheer*, in *Medical Responsibility*, S. 747 Rn. CH 37.

Bereich, bestimmte Erfolge ausdrücklich garantiert⁵⁶⁶. In der französischen Rechtsprechung sind ähnliche Tendenzen für den Bereich der kosmetischen Chirurgie⁵⁶⁷, der Zahnprothetik sowie der Laboruntersuchungen festgestellt worden⁵⁶⁸. Jedoch werden kosmetische Operationen mehrheitlich wegen der auch mit ihnen naturgemäß verbundenen Unsicherheiten als »obligations de moyens« angesehen⁵⁶⁹, in der Zahnprothetik wird die Erfolgsgarantie wie im deutschen Recht⁵⁷⁰ auf die einwandfreie technische Herstellung beschränkt⁵⁷¹, und auch Laboruntersuchungen können bloße »obligations de moyens« sein, wenn es sich um schwierige, in hohem Maße interpretationsbedürftige Befunderhebungen handelt⁵⁷². Eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung ist also auch im französischen Recht die Ausnahme. Allerdings zeichnen sich hier in der Rechtsprechung der französischen Gerichte in jüngster Zeit Änderungen ab⁵⁷³. Der Conseil d'État hat seit 1993 in mehreren Entscheidungen für die öffentlichen Krankenhäuser eine Haftung auch bei fehlerlosem Eingriff bejaht, wenn es sich um einen Routineeingriff handelt, der ein bekanntes Risiko mit sich bringt, dessen Verwirklichung aber außergewöhnlich ist und bei dem kein Grund für die Annahme besteht, daß der Patient ihm in besonderer Weise ausgesetzt ist⁵⁷⁴. Ebenso hat das Verwaltungsgericht Lyon sich schon 1990 für eine Haftung ohne Verschulden ausgesprochen, weil ein neues Mittel eingesetzt wurde, dessen Risiken noch nicht voll bekannt waren, das aber nicht vital indiziert war und dessen Folgen außergewöhnlich und sehr schwer waren⁵⁷⁵. In einer im Januar 1997 ergangenen Entscheidung⁵⁷⁶ hat auch die Cour de Cassation dafür gehalten, daß bestimmte schwere Schädigungen wie etwa die zum Tode führende Verletzung einer Arterie den Operateur selbst dann haftbar machen, wenn es sich um eine exzeptionelle und daher nicht vorhersehbare Komplikation handelt, bei der dem Arzt keine Sorgfaltswidrigkeit vorzuwerfen ist. Zumindest auf den ersten Blick bedeutet dies eine Abkehr vom Verschuldensprinzip. Jedoch ist dem in der französischen Literatur

⁵⁶⁶ Hawkins v. Mc Gehe, 84 N.H. 114, 146 A. 641 (1929); AmJur 2d, Physicians and Surgeons, § 149 m. w. Nachw.

⁵⁶⁷ Cass. civ. 29.11.1920, S. 1921 I. 119; D. 1924 I. 103.

⁵⁶⁸ Penneau, in Medical Responsibility, S. 182 Rn. F 50-53; ders., La Responsabilité du Médecin, S. 9; Jourdain, RTD civ. 95 (1996), 913, 916; Cour d'appel Toulouse 14.12.1959, D. 1966.1.181 für die Blutgruppenbestimmung.

⁵⁶⁹ Penneau, a.a.O.

⁵⁷⁰ BGHZ 63, 306.

⁵⁷¹ Cass. civ. 1re, 9.10.1985, D. 1986.417 m. Anm. Penneau; Cour d'appel de Paris, 10.12.1999, D. 2000 I.R. 37.

⁵⁷² Cass. civ. 1re, 4.1.1974, Bull. I No. 4.

⁵⁷³ S. dazu auch Gyori und Tourseil, VersRAI 1996, 26, 30; Penneau, aaO., S. 255.

⁵⁷⁴ Entscheidung vom 9.4.1993, JCP 1993 No. 22061 (Tetraplegie aufgrund einer Embolie als Folge einer Jodeinspritzung bei Röntgenuntersuchung); 3.11.1997, D. 1998 Jur. 146; 27.10.2000, D. 2000 I.R. 288 (Tod bei Anaesthetie).

⁵⁷⁵ Entscheidung vom 21.12.1990, JCP 1991 No. 21698.

⁵⁷⁶ Cass. civ. 1re, 7.1.1997, D.1997.189 m.Anm. Thouvenin.

widersprochen worden⁵⁷⁷, und spätere Entscheidungen derselben Kammer stehen wieder eindeutig auf dem Boden dieses Prinzips⁵⁷⁸.

Eine Gefährdungshaftung gibt es im deutschen Recht wie in ausländischen Rechten für normale ärztliche – nicht im Einsatz von Geräten bestehende – Behandlungen nicht⁵⁷⁹. Zwar ist das ärztliche Handeln risikobehaftet, aber dieses Risiko hat seinen Hauptgrund im Gesundheitszustand des Patienten, und zu dessen Gunsten erfolgt die Behandlung, so daß also der für die Gefährdungshaftung typische Haftungsgrund, die Setzung eines Risikos im eigenen Interesse für den Arzt nicht zutrifft⁵⁸⁰. Wo es anders ist, wie bei wissenschaftlichen Experimenten und Blutspenden, findet sich denn auch eine verschuldensunabhängige Haftung oder Entschädigung nicht nur in Deutschland⁵⁸¹, sondern auch in Spanien⁵⁸² und Frankreich⁵⁸³, desgleichen in Portugal bei Experimenten, Transplantationen und Bestrahlungen⁵⁸⁴.

b) Verschuldensform

Sieht man von Sondersituationen wie der Sterbehilfe oder medizinischen Experimenten ab, spielt der Vorsatz bei der Arzthaftung keine praktische Rolle. Gehaftet wird ausschließlich für Fahrlässigkeit, und zwar in den meisten Rechten für jede, also auch für leichte Fahrlässigkeit⁵⁸⁵. Eine Ausnahme bildet hier vor allem das italienische Recht, wo der Werkhersteller nach Art. 2236 c.c. für Schäden nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haftet, wenn die Leistung die Lösung technischer Probleme besonderer Schwierigkeit beinhaltet. Die italienische Rechtsprechung hat diese Vorschrift auf die ärztliche Behandlung angewandt, sie aber auf Ausnahmefälle beschränkt, in denen keine hinreichend erprobten Maßnahmen zur Verfügung stehen oder in der medizinischen Wissenschaft unterschiedliche, sich widersprechende Methoden vorgeschlagen und diskutiert werden⁵⁸⁶. Soweit es sich um gewöhnliche Sorgfaltsverstöße oder mangelnde fachliche Kompetenz handelt, haftet der Arzt

⁵⁷⁷ *Thouvenin*, a.a.O.

⁵⁷⁸ Cass. civ. 1re, 25.2.1997, Gaz. Pal. 1997. 1, 273; ebenso 27.5.1998, D. 1999 Jur. 21; 8.11.2000, D. 2000 I.R. 293.

⁵⁷⁹ *Weber*, NJW 1997, 761, 767; *Laufs*, NJW 1997, 1609, 1613.

⁵⁸⁰ So ausdrücklich *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 178; *Giesen*, Arzthaftungsrecht⁴, Rn. 108 ff.; ebenso für Norwegen *Lfdrup*, in *Medical Responsibility*, S. 505 Rn. N 126 f.

⁵⁸¹ § 40 I Nr. 8 AMG für Probanden bei Arzneimittelprüfungen.

⁵⁸² Art. 62 Ley del Medicamento.

⁵⁸³ Art. 209-7 Code de la santé public für Probanden; Art. 668-10 Code de la santé public für Blutspender.

⁵⁸⁴ *Sinde Monteiro*, Bericht vom 15.6.1995.

⁵⁸⁵ *Giesen*, MML § 9 Rn. 138; *Zepos/Christodoulou*, IECL XI 6-25.

⁵⁸⁶ Siehe *Busnelli/Zana*, in *Medical Responsibility*, S. 381 Rn. I 35.

dagegen schon für leichte Fahrlässigkeit⁵⁸⁷. Wo verschiedene Methoden zur Wahl stehen, hat der Arzt zwar einen erheblichen Entscheidungsspielraum, muß aber die gewählte Behandlung standardgemäß ausführen, will er sich nicht dem Vorwurf grober Fahrlässigkeit aussetzen⁵⁸⁸. Angesichts dieser Grenzen des Haftungsprivilegs fragt es sich, ob die Haftung im italienischen Recht wirklich weniger streng ist als in anderen Rechten, die den Schwierigkeiten besonderer Handlungssituationen im Rahmen der Sorgfaltsanforderungen bei der Fahrlässigkeit Rechnung tragen⁵⁸⁹. In der italienischen Gerichtspraxis wird die Privilegierung des Art. 2236 c.c. offenbar wesentlich öfter verneint als angewandt⁵⁹⁰. Andererseits scheinen die Gerichte sie aber auch zur Vermeidung hoher Anforderungen bei schwierigen Behandlungsmaßnahmen zu nutzen, was tendenziell die Situation des Arztes erleichtert.

Im französischen und belgischen Recht dürften frühere Tendenzen, den Arzt bei leichter Fahrlässigkeit nicht haften zu lassen⁵⁹¹, mittlerweile der Vergangenheit angehören. Die französische Cour de Cassation hat schon im Jahre 1963 ausdrücklich festgestellt, daß der Arzt für jedes Verschulden (*toute faute*) haftet⁵⁹², und seit einer Entscheidung des Conseil d'État vom 10.4.1992⁵⁹³ gilt dies auch für ärztliche Behandlungen in Krankenhäusern des öffentlichen Dienstes, für die bis dahin nur bei »*faute lourde*« gehaftet wurde⁵⁹⁴. In Belgien ist, vor allem aufgrund früherer Entscheidungen, die Auffassung vertreten worden, daß der Arzt in der Wahl der Behandlungsmethode frei und für Diagnoseirrtümer nicht verantwortlich sei⁵⁹⁵. Dies könnte im Ergebnis der italienischen Haltung entsprechen. In der neueren Rechtsprechung und Literatur wird jedoch ausdrücklich betont, daß der Arzt auch für leichteste Fahrlässigkeit haftet⁵⁹⁶ und daß dies auch bei ungenauen und unvollständigen diagnostischen Maßnahmen gilt⁵⁹⁷.

Dieselbe Entwicklung hat schließlich im schweizerischen Recht stattgefunden, wo die Rechtsprechung lange Zeit Schadensersatzansprüche nur bei grober Verletzung der

⁵⁸⁷ Busnelli/Zana, a.a.O., Rn. I 36 f.

⁵⁸⁸ Busnelli/Zana, a.a.O., Rn. I 39 ff.

⁵⁸⁹ Vgl. Zepos/Christodoulou, IECL XI 6-25.

⁵⁹⁰ Busnelli/Zana, a.a.O., Rn. 42 f.

⁵⁹¹ Nachw. bei Zepos/Christodoulou, IECL XI 6-24.

⁵⁹² Cass. civ. 1re, 30.10.1963, D. 1964.81 m. Anm. Savatier; Penneau, in *Medical Responsibility*, S. 183 Rn. F 55; ders., *La Responsabilité du Médecin*, S. 16; Mazeaud-Chabas, *Leçons de droit civil*, Bd. II, 1., 6. Aufl. 1978, No. 462.

⁵⁹³ Conseil d'Etat, 10.4.1992, J.C.P. 1992 II 21881 m. Anm. Moreau; D. 1993 Somm. 146.

⁵⁹⁴ Siehe Penneau, in *Medical Responsibility*, S. 185 Rn. F 62.

⁵⁹⁵ Siehe den Bericht von Dalcq, in *Medical Responsibility*, S. 83 Rn. B 42 ff.

⁵⁹⁶ Brüssel, 27.10.1988, R.G.A.R. 1990 no. 11687; Lüttich, 26.3.1991, R.G.A.R. 1994, no. 12327; Dalcq, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 182 f.

⁵⁹⁷ Lüttich, a.a.O.

ärztlichen Sorgfaltspflicht gewährte⁵⁹⁸. Seit 1987 ist jedoch in mehreren Entscheidungen⁵⁹⁹ betont worden, daß der Arzt für jedes fahrlässige Verhalten einzustehen habe.

c) Sorgfaltsmaßstab

aa) Fahrlässigkeit bedeutet in ausländischen Rechten wie im deutschen Recht die Außerachtlassung von Sorgfaltsgeboten. Es besteht offenbar weitgehend Einigkeit darüber, daß der Fahrlässigkeitsmaßstab ein objektiver ist⁶⁰⁰, es also nicht auf die individuellen Fähigkeiten des behandelnden Arztes ankommt⁶⁰¹. Selbst das österreichische Recht, in dem grundsätzlich subjektive Vorwerfbarkeit für das Verschulden verlangt wird⁶⁰², legt bei der Arzthaftung aufgrund von § 1299 ABGB diesen objektiven Maßstab an⁶⁰³.

Der Arzt muß die Behandlung so vornehmen, wie es von einem erfahrenen und gewissenhaften Mediziner seines Fachs unter den gegebenen Umständen erwartet werden kann⁶⁰⁴. Auch in ausländischen Rechten ist anerkannt, daß der Standard einerseits auf die Berufsgruppe bezogen ist, andererseits von den konkreten Umständen bestimmt wird⁶⁰⁵. So wird an einen Spezialisten ein strengerer Maßstab angelegt als an einen Allgemeinpraktiker⁶⁰⁶. In unvorhergesehenen Notfallsituationen können die Anforderungen dagegen geringer sein⁶⁰⁷. Für vorhersehbare Notfallsituationen bedarf es einer entsprechenden Vorsorgeorganisation, wie die französische Rechtsprechung insbesondere für die Geburtshilfe entschieden hat⁶⁰⁸. Dagegen fordert sie bei Geburten ohne Risikoanzeichen keine ständige Anwesenheit eines Arztes, sondern läßt die der Hebamme genügen, verlangt aber, daß die

⁵⁹⁸ *Hausheer*, in Fischer/Lilie aaO., S. 328 unter Hinweis auf zuletzt BGE 105 II 284 ff. (1979).

⁵⁹⁹ BGE 113 II 429, 433 (1987); 115 I b 175, 180 (1989); 116 II 519, 521 (1990); 120 I b 411, 413 (1994); 120 II 248, 250 (1994).

⁶⁰⁰ Anders für Spanien *Santos Briz*, in Medical Responsibility, S. 654 Rn. E 66, wobei aber fraglich ist, ob das dort geforderte subjektive Kriterium nicht lediglich die Berücksichtigung der konkreten Umstände bedeutet; für England *Sir Nicolas Browne-Wilkinson V.-C.* für Berufsanfänger in seiner dissenting opinion in *Wilsher v. Essex A.H.A.* [1987] Q.B. 730, 777 (C.A.).

⁶⁰¹ *Zepos-Christodoulou*, IECL XI 6-30; *Giesen*, MML § 9 Rn. 131.

⁶⁰² *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht Bd. I² (1980), S. 128 m. w. Nachw.

⁶⁰³ OGH 9.9.1986, JBl. 1987, 104, 106; 3.12.1992, JBl. 1994, 125; *Koziol*, a.a.O. Bd. II (1984), S. 118, 182 f.

⁶⁰⁴ *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 180; *Giesen*, Arzthaftungsrecht⁴, Rn. 69 ff.; *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 523.

⁶⁰⁵ *Zepos/Christodoulou*, IECL XI 6-30; *Giesen*, MML § 9 Rn. 133, 135 m. w. Nachw.; für Belgien siehe *Dalcq*, in Medical Responsibility, S. 288; für Portugal *Figueiredo Dias/Sinde Monteiro*, in Medical Responsibility, S. 529 Rn. P 45.

⁶⁰⁶ Frankreich: *Penneau*, in Medical Responsibility, S. 183 Rn. F 54; Österreich: OGH vom 16.9.1986, JBl. 1987, 670, 672; *Steiner*, in Medical Responsibility, S. 28 Rn. A 45; *Rummel/Reischauer*, ABGB² (1992), § 1299 Rn. 25; England: *Maynard v. West Midland R.H.A.* [1985] All ER, 635, 638 per *Lord Scarman*; Griechenland: *Fotakis*, in Medical Responsibility, S. 320 Rn. GR 91, 92; Norwegen: *Lødrup*, in Medical Responsibility, S. 475 Rn. N 51; BGE 64 II 207 (1938); Schweiz: *Hausheer*, in Medical Responsibility, S. 749 Rn. CH 44.

⁶⁰⁷ *Hausheer*, a.a.O., S. 750 Rn. CH 44.

⁶⁰⁸ Cass. civ. 1re, 15.12.1999, D. 2000 I.R. 28; C. E. 16.6.2000, D. 2000 I.R. 234.

Patientin hierüber aufgeklärt wird⁶⁰⁹.

bb) Bei Berufsanfängern oder noch in der (Facharzt-) Ausbildung befindlichen Ärzten stellt sich die Frage, ob es sich hier um eine besondere Berufsgruppe mit eigenem (herabgesetzten) Standard handelt oder um eine individuelle Minderkompetenz, die nicht zu einer Herabsetzung der Sorgfaltspflichten führt und die Fahrlässigkeit nicht entfallen läßt. Sowohl das deutsche Recht⁶¹⁰ als auch die ausländischen Entscheidungen⁶¹¹, die zu dieser Frage Stellung nehmen, entscheiden sich im Interesse des Patienten, dem ein allgemeiner Behandlungsstandard gesichert werden soll, im letzteren Sinne. Auch von einem Berufsanfänger darf eine dem Standard seiner Berufsgruppe entsprechende Behandlung erwartet werden. Besitzt er diese Kenntnisse und Fähigkeiten nicht, so liegt ein Übernahmeverschulden vor⁶¹². In Deutschland haftet der auszubildende Arzt selbst allerdings nach der Rechtsprechung des BGH nur, wenn er nach seinen Kenntnissen und Erfahrungen Bedenken gegen seinen Einsatz hätte haben müssen, nicht dagegen, wenn er auf die ausreichende Beherrschung der Risiken durch die Organisation der Klinik vertrauen durfte, es folglich an einem subjektiven Übernahmeverschulden fehlt⁶¹³. Sieht man einmal von dem Minderheitsvotum einer englischen Entscheidung ab⁶¹⁴, bei der der Berufsanfänger selbst jedoch nicht verklagt war, scheinen entsprechende eindeutige Stellungnahmen in ausländischen Rechten nicht vorzuliegen.

cc) Bekanntlich stellt § 276 BGB auf die erforderliche Sorgfalt ab, nicht auf die übliche. Das ist im Arzthaftungsprozeß für die Frage der Verbindlichkeit ärztlicher Gutachten von Bedeutung. Selbst wenn diese eine bestimmte Methode als üblich bezeichnen, schließt das den Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht notwendig aus⁶¹⁵. Es soll nicht in der Hand einer Berufsgruppe wie der Ärzte liegen, durch eine selbst geschaffene, unter Umständen nachlässige Praxis den Patienten unnötigen Risiken auszusetzen. Dies ist ganz überwiegend auch der Standpunkt ausländischer

⁶⁰⁹ Cass. civ. 1re, 14.10.1997, D. 1999 Somm. 391.

⁶¹⁰ BGHZ 88, 248, 252; BGH NJW 1985, 2193; NJW 1992, 1560; NJW 1993, 2989; *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 197; *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 524

⁶¹¹ Österreich: OGH vom 9.9.1986, JBl. 1987, 104, 106; England: *Wilsher v. Essex A.H.A.* [1987] Q.B. 730 (C.A.), 750 f. (per L.J. *Mustill*), 774 (per L.J. *Glidewell*).

⁶¹² OGH a.a.O.

⁶¹³ BGHZ 88, 252, 258; BGH NJW 1994, 3008, 3009; dagegen *Deutsch*, NJW 1984, 651, der den Berufsanfänger selbst nach einem objektiv-typisierenden Sorgfaltsmaßstab haften lassen, ihm aber einen Freistellungsanspruch gegen die Klinik geben will. Übernahmeverschulden hat jüngst das OLG Düsseldorf ArztR 1996, 295, 297 f. bei einem Arzt im letzten Jahr der Facharzt Ausbildung angenommen.

⁶¹⁴ *Sir Nicolas Browne-Wilkinson V.-C.*, in *Wilsher v. Essex A.H.A.* [1987] Q.B. 730, 777, (C.A.), will bei fehlendem Übernahmeverschulden den auszubildenden Arzt einem eigenen Standard unterwerfen.

Rechte⁶¹⁶ wie z.B. des französischen⁶¹⁷, griechischen⁶¹⁸, norwegischen⁶¹⁹, wohl auch des schweizerischen⁶²⁰ und des spanischen Rechts⁶²¹. In Großbritannien allerdings wird diese Auffassung zwar in der Literatur⁶²² und in obiter dicta neuerer Entscheidungen⁶²³ vertreten. Aber ältere Entscheidungen, insbes. in Schottland, gingen eher in die gegenteilige Richtung⁶²⁴. In der neuesten Entscheidung des House of Lords aus dem Jahre 1997 wird dem Richter zwar in seltenen Fällen das Recht zugesprochen, sich über die Ansichten kompetenter Sachverständiger hinwegzusetzen, aber nur wenn deren Auffassung logisch nicht haltbar ist, was im konkreten Fall verneint wurde⁶²⁵.

3. Kausalitätsfragen

a) Tatsächlicher Ursachenzusammenhang

Der verschuldete Behandlungsfehler macht den Arzt nur für Schäden des Patienten ersatzpflichtig, die durch ihn verursacht worden sind. Der Arzt haftet nicht für Schäden, die auch bei fehlerloser Behandlung eingetreten wären, insbesondere also nicht für solche, die unvermeidbare Folgen der Krankheit sind. Dieses Erfordernis der Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Schaden ist in ausländischen Rechten ebenso wie im deutschen⁶²⁶ anerkannt⁶²⁷, und die Ursächlichkeit wird im Regelfall auch dort nach der *condicio-sine-qua-non*-Formel (im anglo-amerikanischen Recht nach der »but-for«-Formel) beurteilt.

Wesentliche Unterschiede bestehen hier nur in den Fällen zweifelhafter Kausalität.

⁶¹⁵ Vgl. BGHZ 8, 138; BGH NJW 1975, 1463, 1464; *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 181.

⁶¹⁶ *Giesen*, MML § 15 Rn. 150 m. w. Nachw., *Zepos/Christodoulou*, IECL XI 6-31.

⁶¹⁷ *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 184, Rn. F 59 m. w. Nachw.; *Cass.civ. 1re*, 27.1.1970, Bull. I No. 37; *Mazeaud/Mazeaud*, *Responsabilité civile*, Bd. I, 6. Aufl. 1965, No. 511, S. 582, 589.

⁶¹⁸ *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 320 f. Rn. GR 90, 92.

⁶¹⁹ *Lfdrup*, in *Medical Responsibility*, S. 474 Rn. N 47.

⁶²⁰ *Hausheer*, in *Medical Responsibility*, S. 749 Rn. CH 43.

⁶²¹ *Santos Briz*, in *Medical Responsibility*, S. 658 Rn. E. 77.

⁶²² Siehe *Kennedy*, in *Medical Responsibility*, S. 137 Rn. GB 67 m. Nachw.; *Blackie*, aaO., S. 212 ff.

⁶²³ Nachw. bei *Blackie*, a.a.O.; siehe insbes. *Sir John Donaldson MR in Sidaway v. Gov. of Bethlem Hospital* [1984] Q.B. 493, 513 (C. A.) – aber konkret für Aufklärungspflicht; sowie *Farquharson L.J. in Bolitho v. City and Hackney H.A.* (1993), 4 MedLR 381; vgl. zu dieser Entscheidung auch *Jones*, *Medical Malpractice in England and Wales - A Postcard from the Edge*, *Eur. J. Health Law*, 1996, 109, 115 f.

⁶²⁴ *Blackie*, in *Medical Responsibility*, S. 572 f. Rn. Sc 33 ff; neuerdings auch *ders.*, *Medical Negligence in Scotland*, *Eur. J. Health Law*, 1996, 127, 136 ff.

⁶²⁵ *Bolitho v. City & Hackney H.A.* [1997] 3 W.L.R. 1151, 1159 f. per Lord Browne-Wilkinson.

⁶²⁶ *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 209; OLG Düsseldorf VersR 1980, 171 f.

⁶²⁷ *Giesen*, MML, § 15 Rn. 268 ff.; *Zepos/Christodoulou*, IECL XI 6-51.

Das deutsche⁶²⁸ und die meisten ausländischen Staaten folgen dem »Alles-oder-Nichts-Prinzip«; d.h. der Patient erhält gar nichts oder es wird, wie unten noch dargelegt wird, die Beweislast umgekehrt, und er erhält vollen Schadensersatz. Anders verfährt vor allem das französische – und ihm folgend wohl auch das portugiesische – Recht mit der terminologisch beim Schaden angesiedelten, in Wirklichkeit aber die Kausalität betreffenden⁶²⁹ Rechtsprechung zur »perte d'une chance«: Falls dem Patienten durch den Behandlungsfehler eine Chance der Heilung oder Lebenserhaltung entgangen ist, aber nicht sicher ist, daß er bei richtiger Behandlung geheilt worden wäre bzw. überlebt hätte, trifft den Arzt eine anteilige Haftung, die sich an seinem möglichen Verursachungsbeitrag orientiert⁶³⁰. Die Conseil d'État hat diese Schadensteilung jetzt auch auf die Aufklärungspflichtverletzung erstreckt⁶³¹. Dieser Haftungsgrund greift aber nur bei zweifelhafter Kausalität ein. Er gilt nicht, wenn die Schadensursache, sei es der Behandlungsfehler, sei es der natürliche Krankheitsverlauf, feststeht; im ersteren Fall haftet der Arzt voll, im letzteren gar nicht⁶³². Auch das schweizerische Recht folgt in Artt. 43, 44 OR bei der Schadenszumessung nicht dem starren »Alles-oder-Nichtsprinzip«⁶³³. Deshalb ist dort eine anteilige Haftung möglich, wenn sowohl der Behandlungsfehler als auch die Prädisposition des Patienten geeignet gewesen sind, den eingetretenen Schaden herbeizuführen⁶³⁴. In einer Ende 1995 ergangenen Entscheidung vertritt nunmehr auch der österreichische OGH diese Auffassung und teilt bei alternativer Kausalität zwischen ärztlichem Behandlungsfehler und einem dem Geschädigten zuzurechnenden Zufall, wozu auch dessen vorgegebene Konstitutionsschwäche gehört, den Schaden zwischen Arzt und Patient⁶³⁵. Dagegen ist in der englischen Rechtsprechung ein dem französischen Recht vergleichbarer Ansatz des Court of Appeal⁶³⁶ vom House of Lords verworfen

⁶²⁸ Vgl. BGH VersR 1959, 598, 600 f.; BGHZ 72, 135 f.; BGH NJW 1986, 1540; *Deutsch/Matthies*, *Arzt Haftungsrecht – Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen*² (1987), S. 28; kritisch *Matthies*, NJW 1983, 335; *Deutsch*, NJW 1986, 1541.

⁶²⁹ *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 190 Rn. F 76.

⁶³⁰ Cass.civ. 1 re, 14.12.1965, D. 1966. 453; 24.3.1981, D. 1981. 545 m. Anm. *Penneau* m. w. Nachw.; Cass. crim., 20.3.1996, Bull. crim. no. 119; Anm. *Jourdain*, RTD civ. 95 (1996), 912 f.

⁶³¹ C.E. 5.1.2000, Gaz.Pal. 28./29.6.2000, 31; ebenso Cour d'appel de Versailles, 16.6.2000, D. 2000 I.R. 251.

⁶³² *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 190 Rn. F 76.

⁶³³ *Hausheer*, in *Medical Responsibility*, S. 757 Rn. CH 69; vgl. auch *Brehm*, in *Berner Kommentar zum ZGB*, Art. 44 OR Rn. 54 ff.

⁶³⁴ OG Zürich, 17.11.1988, SJZ 1989, 119, 123 (unzureichende Diagnosemaßnahmen bei einem Krebspatienten, der bei richtiger Behandlung eine Überlebenschance von 60 % gehabt hätte, führen zu anteiliger Haftung); *Hausheer*, in *Medical Responsibility*, S. 756 f. Rn. CH 69, 71.

⁶³⁵ OGH vom 7.11.1995, JBl. 1996, 181.

⁶³⁶ *Hotson v. East Berkshire H.A.* [1987] A.C. 750, 755 ff., C.A. Dazu auch unter Berücksichtigung des englischen Schrifttums *Stoll*, in *FS Steffen*, 465, 466 ff.

worden⁶³⁷. Infolge einer Fehldiagnose war bei einer Beinverletzung eine Behandlung unterblieben, die eine Chance von 25 % bot, Nekrosebildungen zu verhindern, wie sie später eingetreten waren. Einen entsprechenden anteiligen Schadensersatz lehnte das House of Lords ab. Zwar gingen die Richter dabei auch von den Feststellungen des erstinstanzlichen Richters aus, nach denen die Nekrose ohnehin eingetreten wäre und ein Richter ließ die Möglichkeit des Schadensersatzes wegen »loss of chance« unter bestimmten Voraussetzungen offen⁶³⁸. Jedoch machen die Beweisanforderungen, die in einer folgenden Entscheidung⁶³⁹ für die Kausalität aufgestellt wurden, es eher unwahrscheinlich, daß englische Gerichte letztlich doch noch auf den französischen Lösungsweg zurückkommen⁶⁴⁰. In Deutschland hat er bisher nur in einem Teil der Literatur Befürworter gefunden⁶⁴¹. In Belgien hat die Cour de Cassation ihn für das Strafrecht (zu Recht) abgelehnt. Im Zivilrecht wird er für möglich gehalten, aber Entscheidungen dazu fehlen bisher⁶⁴².

b) Zurechnungsfragen

Die meisten Rechtsordnungen begnügen sich nicht mit der rein tatsächlichen Kausalität, sondern verlangen ein Zurechnungskriterium, um die Haftung für (ganz) ungewöhnliche und unvorhersehbare Folgen auszuschließen. Im deutschen⁶⁴³, österreichischen⁶⁴⁴, schweizerischen⁶⁴⁵, griechischen⁶⁴⁶ und portugiesischen⁶⁴⁷ Recht ist es das Erfordernis der Adäquanz. In den Niederlanden hat zunächst die Rechtsprechung die ursprünglich auch dort angewandte Adäquanztheorie zugunsten einer vernünftigen Zurechenbarkeit aufgegeben, und dem ist der Gesetzgeber bei der Reform des Zivilgesetzbuchs gefolgt, das jetzt in Art. 6:98 B.W. ein Zurechnungserfordernis aufstellt⁶⁴⁸, das in etwa unseren Schutzzweck- und Schutzbereichserfordernissen entsprechen dürfte. Im common law und demzufolge auch in England und Schottland ist nur Schaden zu ersetzen, der nicht »too remote«,

⁶³⁷ Hotson v. East Berkshire H.A. [1987] A.C. 750, 779 ff.

⁶³⁸ Lord Mackay, a.a.O., S. 786.

⁶³⁹ Wilsher v. Essex A.H.A. [1988] A.C. 1074.

⁶⁴⁰ Blackie, in Fischer/Lille, aaO., S. 220 f.; Kennedy/Grubb, Medical Law², S. 487 f.; ebenso der Supreme Court von Canada in Lawson v. Laferriere (1991) 78 D.L.R. 4th 609; a.A. Giesen, MML, § 15 Rn. 274 und Rn. 277 Fn. 36.

⁶⁴¹ Giesen, a.a.O.; Deutsch, in Festschrift für Larenz, 1973, 885, 902; ders., in Festschrift für v. Caemmerer, 1978, 329, 335; Matthies, NJW 1983, 335.

⁶⁴² Siehe Dalcq, in Medical Responsibility, S. 100 Rn. B 106 f.

⁶⁴³ Deutsch, Medizinrecht⁴, Rn. 270 f.; Giesen, Arzthaftungsrecht⁴, Rn. 181 ff.; BGH NJW 1989, 767, 768.

⁶⁴⁴ Steiner, in Medical Responsibility, S. 32 Rn. A 58.

⁶⁴⁵ Hausheer, in Medical Responsibility, S. 756 Rn. CH 69; Kuhn, in Honsell, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 41, 73, 107.

⁶⁴⁶ Fotakis, in Medical Responsibility, S. 329 Rn. GR 121.

⁶⁴⁷ Figueiredo Dias/Sinde Monteiro, in Medical Responsibility, S. 534 Rn. P 64.

bzw. der »forseeable« ist⁶⁴⁹. Nach dem französischen »code civil« und den von ihm beeinflussten Zivilgesetzbüchern Belgiens und Italiens muß der deliktische Schaden eine unmittelbare und direkte Folge der schädigenden Handlung sein⁶⁵⁰, und bei fahrlässigen Vertragsverletzungen ist dort sowie in Spanien der Ersatz auf die bei Vertragsschluß vorhersehbaren Schäden begrenzt⁶⁵¹.

Diese Zurechnungsproblematik scheint im Bereich der Haftung für Behandlungsfehler eine geringere Bedeutung zu haben, als man zunächst annehmen möchte. Jedenfalls scheinen Entscheidungen ausländischer Gerichte dazu kaum vorzuliegen⁶⁵². Soweit es darum geht, ob für den Arzt bestimmte Gesundheitsschäden vorhersehbar und deshalb bei der Behandlung zu berücksichtigen waren, ist dies eine Frage, von der schon die Sorgfaltswidrigkeit, also der schuldhaftige Behandlungsfehler abhängt. Auf die Adäquanz kommt es deshalb nur an, wo der Behandlungsfehler zu bejahen ist, aber die Haftung für seltene oder entfernte Schadensfolgen in Frage steht.

Problematisch ist dies vor allem, wenn sich an Fehler des ersten Arztes solche eines weiteren Arztes anschließen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind weitere normale Behandlungsfehler noch adäquat kausal, d.h. der erste Arzt haftet auch für deren Folgen⁶⁵³. Für solche Schäden hat er nur dann nicht einzustehen, wenn der zweitbehandelnde Arzt »in außergewöhnlich hohem Maße die an ein gewissenhaftes ärztliches Verhalten zu stellenden Anforderungen außer acht gelassen und gegen alle ärztlichen Regeln und Erfahrungen verstoßen hat«⁶⁵⁴. Ähnlich scheint die Haltung der schottischen Gerichte zu sein, die nur in Ausnahmefällen eine Unterbrechung des Haftungszusammenhangs durch nachfolgende Behandlungsfehler annehmen⁶⁵⁵. In Frankreich verzichtet gerade die strafrechtliche Rechtsprechung auf das Erfordernis eines direkten Schadens und hat deshalb eine fahrlässige Tötung als Folge eines Unfalls auch bei ärztlicher Fehlbehandlung bejaht⁶⁵⁶.

Die Frage der Vorhersehbarkeit des Schadens ist weiter problematisch bei

⁶⁴⁸ *Leenen/Gevers*, in *Medical Responsibility*, S. 436 Rn. NL 38.

⁶⁴⁹ *Kennedy*, in *Medical Responsibility*, S. 144 f. Rn. GB 85; *Blackie*, in *Medical Responsibility*, S. 581 f. Rn. Sc 54 f., *Salmond/Heuston*, *The Law of Torts*¹⁸ (1981), §§ 201, 202; *Fleming*, *The Law of Torts*⁷ (1987), S. 181 ff.

⁶⁵⁰ Frankreich und Belgien: Art. 1151 C.c.; Italien Art. 1223 C.c.

⁶⁵¹ Frankreich und Belgien: Art. 1150 C.c.; Italien: Art. 1225 C.c.; Spanien: Art. 1107 C.c.

⁶⁵² Für England ist dies verneint worden von *Kennedy*, in *Medical Responsibility*, S. 145 Rn. GB 85. Siehe aber *Giesen MML*, § 17 II Rn. 334 ff.

⁶⁵³ BGH NJW 1989, 767, 768; NJW 1986, 2367, 2368.

⁶⁵⁴ BGH a.a.O.; RGZ 102, 231.

⁶⁵⁵ Siehe *Blackie*, in *Medical Responsibility*, S. 582 Rn. Sc 55.

⁶⁵⁶ Cass.crim., 15.1.1958 J.C.P. 1959 II 11026 m. Anm. *Esmein*; ähnlich im Ergebnis auch für die zivilrechtliche Adhäsionsklage Anm. zu Cass. crim., 10.6.1952, D. 1952, 618, 619.

außergewöhnlicher Schadensanfälligkeit des Opfers, weil dieses etwa Bluter, Allergiker oder für Krebserkrankungen⁶⁵⁷ oder Nervenschäden⁶⁵⁸ besonders disponiert ist. Soweit es in ausländischen Rechten zu übersehen ist, herrscht in diesen wie im deutschen der Grundsatz, daß die fahrlässige Körper- oder Gesundheitsverletzung auch für solche seltenen Folgen haftbar macht. »The tortfeasor must take his victim as he finds him«⁶⁵⁹. Das muß auch und gerade für ärztliche Behandlungsfehler gelten⁶⁶⁰. Direkt einschlägige Entscheidungen aus dem Arzthaftungsrecht sind dazu aber offenbar schwer zu finden⁶⁶¹. Eine Ausnahme bildet eine erstinstanzliche niederländische Entscheidung aus dem Jahre 1992, die die Haftung für die durch einen Behandlungsfehler erneut ausgelöste, ursprünglich auf Gefangenschaftserlebnisse zurückzuführende Depression bejaht⁶⁶².

4. Beweislast

Der Schadensersatzanspruch des Patienten setzt einen schuldhaften Behandlungsfehler, Schaden und Kausalzusammenhang zwischen beiden voraus. In den meisten Rechtsordnungen, insbesondere denen Westeuropas, hat grundsätzlich der Geschädigte alle drei Voraussetzungen zu beweisen⁶⁶³. Dagegen war ein Teil der sozialistischen Länder – und das gilt heute noch für die Nachfolgestaaten Jugoslawiens⁶⁶⁴ – der Auffassung, daß die behandelnde Einrichtung das Fehlen eines Fehlers bzw. des Verschuldens nachweisen müsse⁶⁶⁵. Eine entsprechende Beweislastumkehr sah auch Art. 1 Abs. 2 der von der EG-Kommission vorgeschlagenen Dienstleistungsrichtlinie vor⁶⁶⁶, nach der es dem Dienstleistenden obliegen sollte, sein Nichtverschulden zu beweisen. Art. 1 Abs. 3 konkretisierte diese Regelung noch dahingehend, daß bei der Beurteilung des Verschuldens zu berücksichtigen sei, ob das Verhalten des Dienstleistenden unter normalen und

⁶⁵⁷ Smith v. Leech Brain [1962] 2 Q.B. 405.

⁶⁵⁸ OGH vom 9.3.1972, JBl. 1972, 368.

⁶⁵⁹ Kennedy J., in Dulieu v. White [1901] 2 K.B. 669, 679.

⁶⁶⁰ Vgl. Giesen, MML, § 17 II Rn. 353 ff.

⁶⁶¹ Sie finden sich in keinem der Landesberichte in *Deutsch/Schreiber* (Hrsg.), *Medical Responsibility in Western Europe*. Auch die bei Giesen, a.a.O., aus europäischen Staaten zitierten Entscheidungen sind nicht zu ärztlichen Behandlungsfehlern ergangen.

⁶⁶² Dute, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 295.

⁶⁶³ *Zepos/Christodoulou*, in IECL XI 6-50, 51; siehe ferner die Landesberichte in *Medical Responsibility für England* (S. 145 Rn. GB 145), Frankreich (S. 191 Rn. F 80 f.), Griechenland (S. 329 f. Rn. GR 122 ff.), Italien (S. 388 f.), Niederlande (S. 436 Rn. NL 39), Portugal (S. 534 Rn. P 64 f.), Spanien (S. 657 Rn. E 73), Schweiz (S. 759 Rn. CH 75).

⁶⁶⁴ *Radisic*, in *v. Bar* (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa*, S. 7, 13: Beweislast für fehlendes Verschulden.

⁶⁶⁵ *Radisic*, in *Medical Responsibility*, S. 625 Rn. SU 625 (Sowjetunion), S. 842 Rn. 142 YU (Jugoslawien).

⁶⁶⁶ KOM (90) 482 endg - SYN 308; ABIEG Nr. C 12/8 vom 18.1.1991.

vorhersehbaren Bedingungen die Sicherheit gewährleistet, die berechtigterweise erwartet werden kann. Inwieweit diese Beweislastumkehr neben dem Verschulden auch die objektive Pflichtwidrigkeit, d.h. den Behandlungsfehler umfassen sollte, ist umstritten⁶⁶⁷.

a) Beweiserleichterung durch prima-facie-Beweis

Die international am weitesten verbreitete Beweiserleichterung ist der prima-facie-Beweis. Beruht der bei einem Patienten eingetretene Schaden nach medizinischer Erfahrung typischerweise auf einem Behandlungsfehler, so spricht eine tatsächliche Vermutung sowohl für einen solchen Behandlungsfehler als auch für dessen Kausalität. Es ist dann Sache des Arztes, diese Vermutung auszuräumen. Diese Regel findet sich außer im deutschen⁶⁶⁸ auch im österreichischen⁶⁶⁹, schweizerischen⁶⁷⁰, französischen⁶⁷¹, niederländischen⁶⁷², italienischen⁶⁷³, portugiesischen⁶⁷⁴ und spanischen⁶⁷⁵ Recht. Ihr verwandt ist im anglo-amerikanischen Recht die res-ipsa-loquitur-Regel⁶⁷⁶. Sie wird häufig mit dem prima-facie-Beweis gleichgesetzt, unterscheidet sich aber in den Wirkungen. Um den prima-facie-Beweis zu erschüttern, muß der Arzt nur die Möglichkeit eines abweichenden atypischen Geschehensablaufes darlegen, nicht daß dieser sich tatsächlich zugetragen hat⁶⁷⁷. Dagegen kommt es bei der res ipsa loquitur auf die »balance of probabilities« an. Der Schädiger muß darlegen und beweisen, daß ein anderer Geschehensablauf mindestens ebenso wahrscheinlich oder wahrscheinlicher ist als der vom Geschädigten dargelegte⁶⁷⁸. Die Anwendung der res-ipsa-loquitur-Regel erleichtert also die Beweisführung des Patienten stärker als der prima-facie-Beweis. Eben aus diesem Grund herrscht aber auch im englischen

⁶⁶⁷ Vgl. *Baumgärtel*, JZ 1992, 321, 322 f. (Pflichtwidrigkeit und Verschulden); *Brüggemeier*, ZSR NF 112 (1993) I 419 ff. (Organisationsverschulden); *Giesen*, JR 1991, 490; v. *Bar*, Neues Haftungsrecht durch Europäisches Gemeinschaftsrecht, in Festschrift für Hermann Lange (1992), S. 373, 375, 392 f.; *Deutsch*, ZRP 1990, 454.

⁶⁶⁸ *Deutsch*, Medizinrecht³, Rn. 305 ff.; *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 595 ff., *Franzki*, Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß (1982), S. 46 ff.; BGH VersR 1960, 416; BGHZ 114, 284, 290 f. (AIDS-Infektion durch HIV-verseuchte Blutspende).

⁶⁶⁹ *Steiner*, in Medical Responsibility, S. 34 Rn. A 61.

⁶⁷⁰ *Hausheer*, in Medical Responsibility, S. 760 Rn. CH 77; BGE 120 II 248, 250 (1994).

⁶⁷¹ *Penneau*, La Responsabilité du Médecin, S. 42; im Erg. auch Cass. civ. 1re, 23.5.2000, D. 2000 I.R. 192.

⁶⁷² *Leenen/Gevers*, in Medical Responsibility, S. 437 Rn. NL 41.

⁶⁷³ *Busnelli/Zana*, in Medical Responsibility, S. 389 Rn. I 62; *Zana*, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 277 f.; Cass. 16.11.1988 n. 6220, Giust. civ. Mass. 1988, 1490.

⁶⁷⁴ *Figueiredo Dias/Sinde Monteiro*, in Medical Responsibility, S. 534 f. Rn. P 67.

⁶⁷⁵ *Santos Briz*, in Medical Responsibility, S. 657 Rn. E 76.

⁶⁷⁶ *Kennedy*, in Medical Responsibility, S. 145 Rn. GB 87; *Blackie*, id., S. 583 Rn. Sc 58 f.; *Kennedy/Grubb*, Medical Law², S. 465 f.; *Fleming*, The Law of Torts⁷, S. 291 ff.

⁶⁷⁷ *Deutsch*, Medizinrecht³, Rn. 306; *Franzki*, Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß (1982), S. 48 ff.

⁶⁷⁸ *Franzki*, a.a.O., S. 171.

und schottischen Recht – anders als bei vielen amerikanischen Gerichten⁶⁷⁹ – starke Zurückhaltung, diese Regel mit ihrem herkömmlichen Inhalt im Arzthaftungsrecht anzuwenden⁶⁸⁰. Dagegen besteht neuerdings die Tendenz, dem Beklagten zumindest die Last weiterer Erklärungen aufzuerlegen, um die Vermutung schuldhaften Verhaltens auszuräumen⁶⁸¹. Die kontinental-europäischen Rechte dürften mit ihren Vermutungen eher in der Nähe des deutschen prima-facie-Beweises liegen, obwohl das nicht sicher ist, da häufig auf die Verwandtschaft zu beiden Regeln verwiesen wird. Das gilt z.B. für das italienische Recht, für das die neuere Rechtsprechung eine Vermutung entwickelt hat, wonach bei einfachen, risikoarmen Behandlungen der Eintritt einer Schädigung für einen Behandlungsfehler spricht; hier muß sich der Arzt durch den Nachweis sorgfältigen Handelns entlasten⁶⁸².

Typisch für diesen Bereich sind bestimmte Fallgruppen, zu den insbesondere das Zurückbleiben von Fremdkörpern im Operationsgebiet gehört. Die deutsche Rechtsprechung neigt hier zur Vermutung eines Behandlungsfehlers, den der Arzt durch die Darlegung der von ihm getroffenen Sicherungsvorkehrungen oder exzeptionellen Operationsumständen entkräften muß⁶⁸³. Ähnlich ist der Standpunkt in Österreich⁶⁸⁴, Spanien⁶⁸⁵ und den Niederlanden⁶⁸⁶, während die Rechtsprechung in Frankreich sogar ohne Rücksicht auf die Einzelumstände eine »faute virtuelle« annimmt⁶⁸⁷. Dagegen ist in England in einer auch heute offenbar noch als maßgeblich beachteten Entscheidung die Anwendung von *res ipsa loquitur* bei zurückgebliebenem Tupfer abgelehnt worden⁶⁸⁸.

Andererseits wird die Regel in neueren englischen Entscheidungen bei einer anderen Fallgruppe, nämlich bei Narkosezwischenfällen angewandt⁶⁸⁹, so daß insoweit Übereinstimmung mit der deutschen Rechtsprechung⁶⁹⁰ besteht. Eine dritte Fallgruppe bilden Infektionen, die nach Injektionen auftreten. In Frankreich⁶⁹¹ und der

⁶⁷⁹ *Franzki*, a.a.O., S. 159 ff. m. Nachw.

⁶⁸⁰ Siehe *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 465.

⁶⁸¹ *Blackie*, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 218.

⁶⁸² *Zana*, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 277 f., Cass. 21.11.1988, n. 6220, Giust. civ. Mass. 1988, 1490.

⁶⁸³ BGHZ 4, 132; BGH VersR 1981, 462, 463; OLG Köln, VersR 1988, 140.

⁶⁸⁴ OGH vom 13.9.1938, EvBl. 1938 II 446; *Steiner*, in *Medical Responsibility*, S. 33 Rn. A 60.

⁶⁸⁵ *Santos Briz*, in *Medical Responsibility*, S. 675 Rn. E 76.

⁶⁸⁶ *Leenen/Gevers*, in *Medical Responsibility*, S. 436 Rn. NL 41.

⁶⁸⁷ *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 184 f. Rn. F 59.

⁶⁸⁸ *Mahon v. Osborne* [1939] 2 K.B. 14, C.A.; für eine tatsächliche Verschuldensvermutung und eine Erklärungslast des Arztes aber *Blackie*, in *Medical Responsibility*, S. 583 Rn. Sc 59.

⁶⁸⁹ *Blackie*, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 219.

⁶⁹⁰ OLG Düsseldorf, VersR 1987, 489; OLG Köln VersR 87, 1020.

⁶⁹¹ Cass.civ. 1re, 28.2.1984, D. 1984. I. R. 461 m. Anm. *Penneau*; 29.11.1989, D. 1991 Somm. 180 m. Anm. *Penneau*.

Schweiz⁶⁹² läßt die Infektion prima facie auf mangelnde Sicherungsvorkehrungen, also auf einen Behandlungsfehler schließen. Die französische Cour de Cassation hat diese Vermutung in mehreren neuen Entscheidungen auf nosokomiale Infektionen ausgedehnt, die ein Patient bzw. eine Patientin sich im Verlauf eines chirurgischen Eingriffs oder einer Geburt zuzieht⁶⁹³. In Deutschland ist, soweit ich sehe, bisher nur der Anscheinsbeweis für das Verschulden bejaht worden, soweit die mangelnde Sterilität, also die sorgfaltswidrige Behandlung, feststand⁶⁹⁴.

b) Beweiserleichterung bei grobem Behandlungsfehler

In Deutschland ist es seit langem feststehende Rechtsprechung, daß bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers die Beweislast umgekehrt wird: Arzt bzw. Krankenhaus müssen nachweisen, daß dieser Fehler nicht für den Tod oder Gesundheitsschaden des Patienten ursächlich geworden ist⁶⁹⁵. In ausländischen Rechten scheint eine ähnlich eindeutige Regel offenbar allenfalls in Norwegen zu bestehen⁶⁹⁶. In England hat das House of Lords einem Arbeitgeber, der gesundheitsschützende Vorkehrungen unterlassen und dadurch das Risiko einer Hauterkrankung erheblich erhöht hatte, die Beweislast dafür auferlegt, daß die beim klagenden Arbeitnehmer aufgetretene Erkrankung nicht Folge der mangelnden Schutzmaßnahmen ist⁶⁹⁷. Das ist in einer späteren erstinstanzlichen Entscheidung als Beweislastumkehr bei gefahrerhöhender ärztlicher Pflichtverletzung interpretiert worden⁶⁹⁸. Jedoch haben sowohl der Court of Appeal als auch das House of Lords im Fall *Wilsher v. Essex A.H.A.* eine generelle Beweislastumkehr verneint⁶⁹⁹, und sie wird auch in dem führenden Werk zum englischen Arztrecht verneint⁷⁰⁰. In den Ländern, die, wie insbesondere Frankreich und die Schweiz, die Ersatzpflicht bereits für entgangene Heilungschancen bejahen, steigen mit der Schwere des Behandlungsfehlers auch die entgangenen Erfolgsaussichten, so daß dort offenbar kein Bedarf für eine dem deutschen Recht entsprechende Beweislastumkehr

⁶⁹² BGE 120 II 248, 250 f. (1994).

⁶⁹³ Cass. civ. 1^{re}, 21.5.1996, Bull. civ. I. no. 219; 16.6.1998, D. 1999 Comm. 653; 29.6.1999, D. 1999 I.R. 201, D. 1999 Jur. 559; Anm. Jourdain, RTD civ. 1999, 841 f.

⁶⁹⁴ BGH NJW 1982, 161 ff.; offengelassen in BGH NJW 1989, 1533.

⁶⁹⁵ BGHZ 72, 132, 133; 85, 212, 216; 99, 391; BGH NJW 1967, 1508; 1986, 1540; 1988, 2949, 2950; 1995, 778; *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 314 ff.; *Franzki*, Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß (1982), S. 57 ff.; *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht² (1991), § 823 C II Rn. 3.

⁶⁹⁶ S. *Lfdrup*, in *Medical Responsibility*, S. 507 Rn. N 130.

⁶⁹⁷ *McGhee v. National Coal Board* [1973] 1 W.L.R. 1, H.L.

⁶⁹⁸ *Pain J.* in *Clark v. MacLennan* [1983] 1 All.E.R. 416, Q.B.D.

⁶⁹⁹ *Wilsher v. Essex A.H.A.* [1987] Q.B. 730, 753, C.A., (per *Mustill*, L.J.); (1988) A.C. 1074, 1087 (per *Lord Bridge*).

⁷⁰⁰ *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 464 f.

besteht⁷⁰¹. In Italien ist dagegen der Grad der Abweichung von der üblichen Behandlung für die Vermutung im Rahmen des prima-facie-Beweises von Bedeutung⁷⁰². Der Kassationshof hat in einer Entscheidung vom 16.11.1988 ausdrücklich eine frühere Entscheidung bestätigt, nach der bei einfach auszuführenden risikoarmen Eingriffen mit üblicherweise positivem Resultat die Verschlechterung des Gesundheitszustandes eine sorgfaltswidrige Ausführung vermuten läßt⁷⁰³.

c) Beweiserleichterung wegen Dokumentationsmangels

Die wohl wesentlichste Beweisschwierigkeit für den Patienten liegt darin, daß das Behandlungsgeschehen, dessen Fehlerhaftigkeit er grundsätzlich beweisen muß, nicht in seinem Herrschafts- und Kenntnisbereich liegt, sondern in dem des Arztes. Der inzwischen in vielen Staaten anerkannte Anspruch auf Einsicht in die Krankenblätter bzw. -akten kann ihm diese Kenntnis verschaffen, aber nur, wenn alle wesentlichen Geschehnisse darin auch festgehalten sind. Soll dieses Recht ihm im Schadensfall wirklich nützen, dann muß eine mangelhafte Dokumentation sich im Prozeß zu Lasten des Arztes bzw. Krankenhausträgers auswirken und zwar durch entsprechende Beweiserleichterungen. Das ist in der Tat nicht nur der Standpunkt des deutschen⁷⁰⁴, sondern auch des niederländischen⁷⁰⁵, norwegischen⁷⁰⁶, österreichischen⁷⁰⁷, portugiesischen⁷⁰⁸ und möglicherweise des schweizerischen⁷⁰⁹ Rechts. Diese auch auf dem Gedanken der Beweisvereitelung fußenden Regeln dürften aber bisher nicht überall so ausdifferenziert sein wie in der deutschen und der ihr folgenden österreichischen Rechtsprechung, die je nach der Schwere der Dokumentationsverletzung Beweiserleichterungen bis zur Umkehr der Beweislast gewähren, wobei der BGH neuerdings die Beweiserleichterung unmittelbar nur für den Behandlungsfehler gelten läßt, für die Schadensursächlichkeit nur dann, wenn

⁷⁰¹ *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 14, sieht für das schweizerische Recht die mangels gesetzlicher Grundlage kritisierte Tendenz zu einer Beweislastumkehr wegen groben Behandlungsfehlers in OG Zürich, SJZ 1989, 119. Diese Entscheidung hat aber nicht die Beweislastumkehr der deutschen Gerichte vorgenommen, sondern wegen Verletzung der Heilungschance eine anteilige Schadensersatzpflicht bejaht (s.o. unter III. 1).

⁷⁰² *Busnelli/Zana*, in *Medical Responsibility*, S. 389 Rn. I 63.

⁷⁰³ *Zana*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 277 f. m. w. Nachw.

⁷⁰⁴ *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 310; *Laufs*, *Arztrecht*⁵, Rn. 611 ff.; BGH VersR 1986, 788; BGHZ 99, 391, 396 f.; 132, 47; anders bei medizinisch nicht gebotener Dokumentation BGH NJW 1989, 2330; NJW 1993, 2375.

⁷⁰⁵ *Leenen/Gevers*, in *Medical Responsibility*, S. 437 Rn. NL 42, generell für mangelnde Kooperation des Arztes; ebenso *Dute*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 293.

⁷⁰⁶ *Lfdrup*, in *Medical Responsibility*, S. 507 Rn. N 130.

⁷⁰⁷ OGH vom 23.1.1994, JBl. 1995, 245.

⁷⁰⁸ *Figueiredo Dias/Sinde Monteiro*, in *Medical Responsibility*, S. 535 Rn. P 67, generell für Beweisvereitelung.

⁷⁰⁹ *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 14, aber nur mit Hinweis auf die deutsche Rechtspraxis.

der Dokumentationsmangel auf einen groben Behandlungsfehler schließen läßt⁷¹⁰.

d) Beweislast bei Vertragsverletzungen

Im deutschen Recht ist bekanntlich umstritten, inwieweit die Beweislastumkehr der §§ 282, 285 BGB auch auf die dritte Leistungsstörung, nämlich die positive Vertragsverletzung, zu erstrecken ist. Der BGH hat dies im Gegensatz zu einem großen Teil der Literatur⁷¹¹ für den Bereich der Arzthaftung grundsätzlich abgelehnt⁷¹² und eine Ausnahme nur bei voll beherrschbaren Gefahrenbereichen des Arztes, bzw. Krankenhausträgers gemacht⁷¹³. In ausländischen Rechten wird die Beweislastumkehr teilweise bejaht, ohne daß sich daraus aber bei näherer Betrachtung größere Abweichungen gegenüber dem deutschen Recht ergeben.

Zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich des objektiven Behandlungsfehlers kommt es nämlich nur in den seltenen Fällen, in denen der Arzt einen bestimmten Erfolg verspricht, also eine »obligation de résultat« hat⁷¹⁴. Hier muß der Patient nur das Ausbleiben des Erfolges nachweisen, der Arzt dagegen, daß dies auf von ihm nicht verschuldeten Ursachen beruht. Die Übernahme einer solchen »obligation de résultat« ist aber, wie dargelegt, die Ausnahme.

Beim normalen ärztlichen Dienstvertrag wird dagegen auch in ausländischen Rechten in aller Regel eine Beweislastumkehr erst dann bejaht, wenn die objektive Verletzung einer Sorgfaltspflicht feststeht⁷¹⁵ und es nur um die Frage des subjektiven Verschuldens geht. Dies ist jedoch selten ein Problem, da regelmäßig aus der Verletzung der Sorgfaltspflicht auf das Verschulden geschlossen werden kann⁷¹⁶. Daß der Arzt seine Sorgfaltspflicht oder die sie begründenden Umstände weder erkannte noch erkennen konnte, dürfte praktisch kaum vorkommen.

5. Schadensersatz und Schmerzensgeld

⁷¹⁰ BGHZ 132, 47.

⁷¹¹ Stoll, AcP 176 (1976), 145, 155 f.; MünchKomm³-Hanau (1994), § 276 Rn. 32; Soergel-Wolf, 12. Aufl. 1990, § 276 Rn. 144; Deutsch, Medizinrecht⁴, Rn. 319; differenzierend Laufs, Arztrecht⁵, Rn. 619 ff. (wie bei voll beherrschbaren Risiken).

⁷¹² BGH NJW 1969, 553, 554; 1978, 1681; 1980, 1333; 1991, 1541, 1542; ebenso Weber, NJW 1997, 761 ff.

⁷¹³ BGH NJW 1975, 2245; 1978, 584; 1978, 1683; 1982, 699; 1984, 1403; 1991, 1540, 1541.

⁷¹⁴ Für Griechenland Fotakis, in Medical Responsibility, S. 330 Rn. GR 125; für Portugal Figueiredo Dias/Sinde Monteiro, in Medical Responsibility, S. 534 Rn. P 65; für Spanien Santos Briz, in Medical Responsibility, S. 657 Rn. E 75.

⁷¹⁵ So für Griechenland Fotakis, a.a.O. (Fn. 174) Rn. GR 124; für die Schweiz Hausheer, in Medical Responsibility, S. 759 Rn. CH 75; Steyert, SJZ 1981, 109 f.; OG Zürich, SJZ 1980, 383; BezG Dielsdorf, SJZ 1983, 376 f.; vgl. auch BGE 108 II, 59, 61 (1982); für Österreich OGH vom 31.1.1994, JBl. 1995, 245, 247.

⁷¹⁶ Deutsch, Medizinrecht⁴, Rn. 319; Franzki, Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß (1982), S. 45.

a) Grundlagen

Der tatsächliche Eintritt eines Schadens beim Kläger stellt über die europäischen Grenzen hinweg eine notwendige Voraussetzung seines Ersatzanspruches dar⁷¹⁷. Lediglich in England besteht die Möglichkeit mit einer Klage wegen Vertragsverletzung (breach of contract) oder wegen vorsätzlicher Körperverletzung (tort of battery) einen geringen nominellen Betrag ohne Nachweis eines konkreten Schadens einzufordern⁷¹⁸. Im Recht der Bundesrepublik wird hinsichtlich der Voraussetzungen für die Gewährung von Schadensersatz zwischen materiellen und immateriellen Schäden differenziert, vgl. § 253 BGB. Diese Unterscheidung findet sich in den meisten europäischen Rechtsordnungen wieder⁷¹⁹. Nur in Frankreich findet sich weder eine entsprechende Abgrenzung im Gesetzestext, noch legen die Gerichte für gewöhnlich in ihren Entscheidungen dar, ob der zugebilligte Betrag materiellen oder immateriellen Schaden auszugleichen bestimmt ist⁷²⁰. Kann die Höhe des entstandenen Schadens nicht exakt bestimmt werden, haben die bundesdeutschen Gerichte bei festgestelltem Haftungsgrund gem. § 287 ZPO die Möglichkeit, unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden⁷²¹. Dies entspricht der Rechtslage in den Niederlanden⁷²². Um hinsichtlich der Höhe der Ersatzleistungen eine annähernde Gleichbehandlung zu ermöglichen, wurden in Spanien Tabellen für die Schadensbemessung eingeführt, die allerdings nicht bindend sind⁷²³. Eine derartige Standardisierung kennt auch das schwedische Recht, wo jedes Jahr vom Provinziallandtagsbund und dem Versicherungsgeber der Patientenversicherung entsprechende Gruppen festgelegt werden⁷²⁴. In England orientieren sich die Gerichte bei der Anerkennung von Nichtvermögensschäden an früheren Entscheidungen⁷²⁵. In der Schweiz hat die Rechtsprechungspraxis für die Zuerkennung von Genugtuungen eine Schematisierung der Verletzungen

⁷¹⁷ Giesen, MML, Rn. 406.

⁷¹⁸ Kennedy, in Medical Responsibility, S. 148 Rn. GB 97.

⁷¹⁹ Vgl. die Beiträge in Medical Responsibility, für Schottland: Blackie, S. 592 Rn. Sc 81; für die Niederlande: Leenen/Gevers, S. 440 Rn. NL 50; für die Schweiz: Hausheer, S. 763 f. Rn. CH 87, 92; für Österreich: Steiner, S. 41 Rn. A 77; für Griechenland: Fotakis, S. 334 Rn. GR 137; für Norwegen: Lfdrup, Rn. N 131 f.; für England: Kennedy, S. 149 Rn. GB 98.

⁷²⁰ Könnig-Feil, Das internationale Arzthaftungsrecht (1992), S. 166; vgl. dazu auch Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996), S. 631 f.

⁷²¹ Deutsch/Schreiber, in Medical Responsibility, S. 254 Rn. D 96; Palandt-Thomas, BGB⁵⁹, § 847 Rn. 10; zur Höhe der zugesprochenen Schmerzensgelder vgl. Hacks/Ring/Böhm, ADAC-Handbuch, Schmerzensgeldbeträge¹⁵ (1991).

⁷²² Vgl. Leenen/Gevers, in Medical Responsibility, S. 440 Rn. NL 51.

⁷²³ Romeo-Casabona, in Fischer/Lilie aaO., S. 342.

⁷²⁴ Radau, Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz (1993), S. 178.

⁷²⁵ Kennedy, in Medical Responsibility, S. 151 Rn. GB 101.

vorgenommen⁷²⁶. In der Bundesrepublik muß sich der Patient ein eigenes Mitverschulden nach § 254 BGB anspruchsmindernd anrechnen lassen, wenn er es unterläßt, die Heilungsbemühungen des Arztes zu unterstützen oder ihnen gar entgegenwirkt⁷²⁷. Hat der Patient indes lediglich seine ursprüngliche Behandlungsbedürftigkeit verursacht, scheidet der Mitverschuldenseinwand aus⁷²⁸. Der BGH hat die Frage, welchen weiteren ärztlichen Behandlungen sich der geschädigte Patient zur Verbesserung seines Zustandes unterziehen muß, dahingehend entschieden, daß Operationen lediglich zumutbar seien, wenn sie einfach und gefahrlos sind, keine besonderen Schmerzen verursachen und letztlich sichere Aussicht auf Heilung oder wesentliche Besserung bieten⁷²⁹. In den Niederlanden wird demgegenüber ein vernünftiger Mensch (reasonable man) als Maßstab herangezogen und gefragt, welchen gemeinhin üblichen ärztlichen Behandlungen sich dieser unterziehen würde und welchem Untersuchungs- und Behandlungsaufwand er sich bereits unterzogen hat⁷³⁰.

b) Der Ersatz materieller Schäden

Wie im deutschen Recht wird der Schaden auch in Portugal⁷³¹, in der Schweiz⁷³² und in England⁷³³ nach der Differenzhypothese berechnet. Nach portugiesischem Recht ist allerdings eine Ausnahme vom Prinzip der Totalreparation möglich, wenn der Schaden lediglich fahrlässig verursacht wurde, und die ökonomische Situation beider Parteien sowie die sonstigen Umstände des konkreten Falles dies rechtfertigen⁷³⁴.

Auch ohne Verwendung der Formel von der Differenzhypothese gelangen die übrigen Rechtsordnungen bei der Berechnung des Schadens zu vornehmlich gleichen Ergebnissen, denn es besteht weitgehende Übereinstimmung hinsichtlich des Ersatzes der Vermögensminderung (damnum emergens) einerseits und des entgangenen Gewinns (lucrum cessans) andererseits⁷³⁵.

Wie bereits dargelegt, sind nach belgischem, französischem und italienischem Recht

⁷²⁶ Hausheer, in Medical Responsibility, S. 764 Rn. CH 92.

⁷²⁷ Deutsch, Medizinrecht⁴, Rn. 282; Laufs, Arztrecht (1993), Rn. 543.

⁷²⁸ BGH VersR 1971, 1123, 1124; Deutsch, a.a.O.

⁷²⁹ BGHZ 10, 18, 19; BGH VersR 1987, 408.

⁷³⁰ Leenen/Gevers, in Medical Responsibility, S. 440 Rn. NL 51.

⁷³¹ Figueiredo Dias/Sinde Monteiro, in Medical Responsibility, S. 531 Rn. P 50.

⁷³² Hausheer, in Medical Responsibility, S. 763 Rn. CH 87.

⁷³³ Dugdale/Stanton, Professional Negligence (1982), § 32.01; vgl. auch Giesen, MML, § 19 Rn. 409 m.w.N auch aus der engl. Rspr.

⁷³⁴ Figueiredo Dias/Sinde Monteiro, in Medical Responsibility, S. 531 Rn. P 50.

alle unmittelbaren Schäden ohne wesentliche Unterscheidung zwischen Personen-, Sach- oder reinen Vermögensschäden zu ersetzen⁷³⁶, was jedoch zukünftige Schäden (z.B. entgangene Gewinne, Nutzungsausfälle) nicht ausschließen soll⁷³⁷. Eine Besonderheit der romanischen Rechtsordnungen stellt ferner die ebenfalls bereits erwähnte Haftungsbegrenzung für fahrlässige Vertragsverletzungen auf vorhersehbare Schäden dar.

c) Der Ersatz immaterieller Schäden

Die Beschränkung des Ersatzes von Nichtvermögensschäden auf gesetzlich bestimmte Fälle findet sich in nahezu sämtlichen europäischen Rechtsordnungen wieder. In Italien (vgl. Art. 2059 c.c.) kann entsprechender Ersatz deshalb in erster Linie nur bei Straftaten begehrt werden⁷³⁸, in Griechenland bei unerlaubten Handlungen und Angriffen auf die Persönlichkeit⁷³⁹ und in den Niederlanden bei absichtlicher Herbeiführung eines immateriellen Verlustes, bei Verletzung des Körpers, der Ehre oder der Privatsphäre und bei Herabwürdigung von Verstorbenen⁷⁴⁰. In Norwegen⁷⁴¹ kommt der Ersatz von Nichtvermögensschäden in Betracht, wenn das Opfer dauerhaft verletzt wurde oder wenn der Täter mit Vorsatz oder zumindest grober Fahrlässigkeit gehandelt hat. Gleiches gilt beim Verlust eines unterhaltspflichtigen Angehörigen. In der Schweiz kann ein Anspruch auf sog. Genugtuung nur bei einer Körperverletzung, einer Tötung (Art. 47 OR) oder einer schweren Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geltend gemacht werden⁷⁴². Den Ersatz immaterieller Schäden aus Vertragshaftung kennt neben Österreich⁷⁴³ und der Schweiz⁷⁴⁴ auch Frankreich, wo die Gewährung von Schmerzensgeld aus diesem Rechtsgrund zwar bestritten, gleichwohl jedoch überwiegend für zulässig erachtet wird⁷⁴⁵.

Dieses Ergebnis entspricht einer Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts,

⁷³⁵ Vgl. wieder die Beiträge in Medical Responsibility u.a. für Österreich: *Steiner*, ebd., S. 41 Rn. A 77; für Griechenland: *Fotakis*, ebd., S. 334 Rn. GR 137 für Schottland: *Blackie*, ebd., S. 592 Rn. Sc 81; für die Schweiz: *Hausheer*, ebd., S. 763 Rn. CH 88; für Norwegen: *Lfdrup*, ebd., S. 507 Rn. N 131; für Italien: *Busnelli/Zana*, ebd., S. 394 Rn. I 76.

⁷³⁶ *Mazeaud/Tunc*, Responsabilité Civile I No. 215 (1965).

⁷³⁷ *Hübner/Constantinesco*, Einführung in das französische Recht (1994), S. 162; vgl. dazu auch *Könning-Feil*, Das internationale Arzthaftungsrecht (1992), S. 166.

⁷³⁸ *Busnelli/Zana*, in Medical Responsibility, S. 396 Rn. I 82; *Kindler*, Einführung in das Italienische Recht, § 16 Rn. 29.

⁷³⁹ Art. 932, 59 BGB, vgl. dazu *Fotakis*, in Medical Responsibility, S. 335 Rn. GR 140.

⁷⁴⁰ *Leenen/Gevers*, in Medical Responsibility, S. 440 Rn. NL 50; Art. 6: 106 B.W.

⁷⁴¹ Vgl. dazu *Lfdrup*, in Medical Responsibility, S. 508 Rn. N 132.

⁷⁴² Vgl. *Hausheer*, in Medical Responsibility, S. 764 Rn. CH 92.

⁷⁴³ § 1325 ABGB; vgl. dazu *Könning-Feil*, Das internationale Arzthaftungsrecht (1992), S. 165.

⁷⁴⁴ *Hausheer*, in Medical Responsibility, S. 764 Rn. CH 92.

das in einem vergleichbaren Fall (schwerer Narkoseschaden) bereits zehn Jahre zuvor einem Verletzten Genugtuung zuerkannt hatte, obwohl dieser nicht mehr in der Lage war, seinen eigenen Zustand zu erkennen und Genugtuung als solche zu werten⁷⁴⁶.

Im französischen Recht wird im Rahmen der Nichtvermögensschäden Ausgleich für Entstellungsschäden (*préjudice esthétique*), entgangene Lebensfreude (*préjudice d'agrément*) und Erwerbsunfähigkeit (*incapacité temporaire partielle ou totale*) gewährt⁷⁴⁷. Darüber hinaus gilt der Verlust einer Heilungs- oder Überlebenschance bereits als eigenständiger Schadensposten⁷⁴⁸. Die *Chambre criminelle* der *Cour de Cassation* ist neuerdings in einem Adhäsionsverfahren sogar noch weitergegangen und hat den Eltern und Geschwistern eines elf Tage nach der Geburt verstorbenen Kindes ein Schmerzensgeld wegen des Verlusts einer Überlebenschance zugebilligt⁷⁴⁹. In Italien ist der Ersatz von Nichtvermögensschäden nach der Gesetzeslage auf einen engen Ausnahmebereich begrenzt. Daher ist die Rechtsprechung bemüht, den Begriff des Vermögensschadens weit auszulegen und auf diese Weise z.B. auch Ersatz für die nur eingeschränkte Möglichkeit der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben zu gewähren⁷⁵⁰. Mit dieser Situation ist auch die Einführung des Begriffs des biologischen Schadens zu erklären⁷⁵¹, über dessen wertmäßige Bestimmung die italienischen Gerichte allerdings bislang streiten⁷⁵². Nach einer neueren Entscheidung⁷⁵³ wurde Schmerzensgeld darüber hinaus auch schon unter dem Gesichtspunkt der ungerechten Schädigung gewährt⁷⁵⁴. In Schottland erfolgt ein Ausgleich für Schmerzen und Leid (*pain and suffering*), für den Verlust von Fähigkeiten und Annehmlichkeiten (*loss of faculties and amenities*) und den Verlust an Lebenserwartung (*loss of expectation of life*)⁷⁵⁵. In Schweden werden zwei unterschiedliche Arten von Schmerzensgeld unterschieden⁷⁵⁶: Für körperlichen,

⁷⁴⁵ *Könning-Feil*, Das internationale Arzthaftungsrecht (1992), S. 166 f.; *Hübner/Constantinesco*, Einführung in das französische Recht³, S. 163.

⁷⁴⁶ BGE 108 (1982) II 422; vgl. dazu *Hausheer*, in *Medical Responsibility*, S. 765 Rn. CH 92.

⁷⁴⁷ *Ghestin-Viney*, *Droit Civil IV*, 1982, Nr. 262, 265.

⁷⁴⁸ *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 194 Rn. F 88; *Könning-Feil*, Das internationale Arzthaftungsrecht (1992), S. 166.

⁷⁴⁹ Cass. crim., 20.3.1996, Bull. crim., no. 119; m. Anm. *Jourdain*, RTD civ. 95 (1996), 912 f.

⁷⁵⁰ *Könning-Feil*, Das internationale Arzthaftungsrecht (1992), S. 171.

⁷⁵¹ *Busnelli/Zana*, in *Medical Responsibility*, S. 395 Rn. I 80; *Könning-Feil*, Das internationale Arzthaftungsrecht (1992), S. 171.

⁷⁵² Vgl. dazu *Busnelli/Zana*, in *Medical Responsibility*, S. 396 Rn. I 84 f.

⁷⁵³ Kassationshof v. 11.1.1986 Nr. 6607 VersRai 1988/89 S. 22 (vgl. *Könning-Feil*, Das internationale Arzthaftungsrecht (1992), S. 171 Fn. 1327).

⁷⁵⁴ *Könning-Feil*, Das internationale Arzthaftungsrecht (1992), S. 171.

⁷⁵⁵ *Dalgliesh v. Glasgow Corporation* 1976 S.L.T. 157 at 160 per Lord Justice *Clerc Wheatley*, vgl. *Blackie*, in *Medical Responsibility*, S. 592 Rn. Sc 84.

⁷⁵⁶ Vgl. zum folgenden *Radau*, Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz (1993), S. 177 f.

nervlich wahrnehmbaren, akuten Schmerz wird ein einmaliger Betrag gezahlt⁷⁵⁷, während für zukünftige Gebrechen und andere dauerhafte Schäden auch die Form eines jährlich zu zahlenden Betrages möglich ist⁷⁵⁸. In der letztgenannten Kategorie wird ein erhöhter Ersatz gezahlt, wenn der Geschädigte wieder einer Arbeitstätigkeit nachgeht, obgleich er durch die Schädigung invalidisiert worden ist⁷⁵⁹. Dadurch sollen Beschwerden oder höhere Anspannungen im Arbeits- und Berufsleben kompensiert werden⁷⁶⁰.

Nach Streichung des deutschen § 847 Abs. 1 S. 2 BGB zum 01.07.1990⁷⁶¹ ist der Anspruch auf Schmerzensgeld übertragbar und vererblich⁷⁶², ohne daß es hierfür noch einer entsprechenden Willensbekundung des Verletzten zu Lebzeiten bedürfte, daß er Schmerzensgeld fordern wolle⁷⁶³. Mit dem Damages Act 1993 wurde eine entsprechende Rechtsänderung auch in Schottland vollzogen⁷⁶⁴. Gleiches gilt inzwischen in Österreich, nachdem der OGH seine in der Lehre seit langem abgelehnte gegenteilige Rechtsprechung aufgrund der Aufhebung einschränkender vollstreckungsrechtlicher Vorschriften geändert hat⁷⁶⁵. Art. 6: 106 des neuen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs (B.W.) differenziert zwischen Abtretung und Pfändung auf der einen sowie Vererbung auf der anderen Seite. Abtretbar und pfändbar ist der Schmerzensgeldanspruch danach nur, wenn er vertraglich festgestellt oder rechtshängig gemacht worden ist. Für die Vererblichkeit reicht es aus, daß der Berechtigte dem Anspruchsgegner mitgeteilt hat, er stelle den Ersatzanspruch.

d) Sonderfälle: Familienplanungs- und Nachkommenschaftsschäden

aa) Familienplanungsschäden bei der Geburt eines gesunden Kindes

In Großbritannien neigt die Rechtsprechung bei Familienplanungsschäden zu einer dem deutschen Recht entsprechenden Position: Wegen der Geburt eines gesunden Kindes nach fehlgeschlagener Sterilisation erhielt die Mutter nach einem Urteil der

⁷⁵⁷ § 5.1 der Schadensersatzbestimmungen des Konsortiums für Patientenversicherung.

⁷⁵⁸ § 5.2 der Schadensersatzbestimmungen des Konsortiums für Patientenversicherung.

⁷⁵⁹ § 5.3 der Schadensersatzbestimmungen des Konsortiums für Patientenversicherung.

⁷⁶⁰ Vgl. *Radau*, Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz (1993), S. 178.

⁷⁶¹ BGBl I 478.

⁷⁶² Palandt-Thomas, BGB⁵⁹, § 847 Rn. 13.

⁷⁶³ BGH, NJW 1995, 783.

⁷⁶⁴ *Blackie*, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 238.

⁷⁶⁵ OGH vom 30.9.1996, JBl. 1997, 40.

Queen's Bench Division zunächst lediglich Ersatz für ihre eigenen Unannehmlichkeiten, insbesondere Schmerzensgeld (pain and suffering) und entgangene Einkünfte aufgrund der Schwangerschaft⁷⁶⁶. In *Emeh v. Kensington Area Health Authority*⁷⁶⁷ sprach der Court of Appeal neben Schmerzensgeld (für die Geburt, die mißlungene Sterilisation und erstmals auch für den Verlust von Annehmlichkeiten (loss of amenities) und für die notwendige Pflege des Kindes) auch Schadensersatz für erforderliche Aufwendungen zur Ausstattung des Kindes, für zukünftig entgehende Einkünfte (loss of future earnings) und schließlich für den Unterhalt des Kindes zu. Es sei, so das Gericht, kein Widerspruch zu den Grundprinzipien von Recht und Ordnung (public policy), wenn die Unterhaltsansprüche eines Kindes als Schaden im Rechtssinne aufgefaßt würden⁷⁶⁸. Die Entscheidung betraf zwar die Geburt eines geschädigten Kindes; L.J. Slade betonte jedoch, daß es insoweit keinen Unterschied mache, ob das Kind krank oder gesund sei⁷⁶⁹. Das House of Lords hat über diese Frage bisher nicht direkt entschieden, aber die Zulassung eines Rechtsmittels gegen ein Urteil abgelehnt, das den Unterhaltsschaden für ein gesundes Kind für ersatzfähig erklärte⁷⁷⁰.

In den Niederlanden lagen zunächst nur untergerichtliche Entscheidungen vor, die sich mit Sterilisationsfällen befaßten. Sie bejahten die Möglichkeit der Haftung, divergierten jedoch hinsichtlich der Aufklärungspflicht über Versagerquoten⁷⁷¹. In einer Entscheidung vom 21.2.1997 hat nun aber auch der Oberste Gerichtshof eine Schadensersatzpflicht bei fehlerhafter ärztlicher Behandlung (Nichterneuerung einer Spirale) bejaht und ausdrücklich betont, daß darin keine Verletzung der Menschenwürde des Kindes liege⁷⁷². Auch ein belgisches Gericht hat, gestützt auf die nach der Äquivalenztheorie zu bejahende Kausalität, der Klage der Eltern in einem vergleichbaren Fall weitgehend stattgegeben⁷⁷³. Ebenso ist in Italien von einem Instanzgericht die Haftung wegen mangelnder Aufklärung über die Möglichkeit der Rekanalisierung bejaht worden⁷⁷⁴.

In der Schweiz ist bisher erst eine einzige Entscheidung zu diesem Problemkreis

⁷⁶⁶ Udale v. Bloomsbury A.H.A. [1983] 1 W.L.R. 1098.

⁷⁶⁷ [1985] Q.B. 1012 (C.A.).

⁷⁶⁸ [1985] Q.B. 1012, 1022, 1025, 1029.

⁷⁶⁹ [1985] Q.B. 1012, 1025 F; bestätigt in *Gold v. Haringey H.A.* [1988] Q.B. 481

⁷⁷⁰ S. *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 997.

⁷⁷¹ Vgl. *Dute*, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 291, 294.

⁷⁷² Auszugsweise Übersetzung in JZ 1997, 893 m. Anm. *Vranken*.

⁷⁷³ Tribunal de Mons 6.10.1993, unveröffentlicht, zit. nach *Dalcoq*, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 22 f.

⁷⁷⁴ Trib. Venise, 25.11.1995, Resp. civ. prev. 1997, zit nach *Zana*, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 275.

ergangen⁷⁷⁵. In der Frage, inwieweit Eheleute, die nach mißlungener Sterilisation der Frau ein gesundes Kind zeugten, Ansprüche geltend machen können, wurde ausdrücklich die Ansicht des deutschen Bundesgerichtshofes verworfen. Ein entstandenes Leben, so das Gericht, könne nicht ausschließlich als ökonomische Last begriffen werden, sondern bestünde auch aus emotionalen Ausstrahlungen. Zudem wachse mit dem Kind eine später u.U. unterstützungspflichtige Person heran. Auch der österreichische OGH hat in einem obiter dictum einen ersatzfähigen Vermögensschaden bei Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes verneint⁷⁷⁶.

In Frankreich hat sich die Rechtsprechung des Conseil d'Etat wie der Cour de Cassation auf den Standpunkt gestellt, daß die Geburt eines gesunden Kindes ohne Hinzutreten besonderer Umstände keinen ersatzfähigen Schaden darstelle⁷⁷⁷.

bb) Nachkommenschaftsschäden

Nach englischem Recht steht dem mit einer Behinderung zur Welt gekommenen Kind kein Anspruch gegen den Arzt zu, der die Geburt nicht verhindert hat, weil es kein Recht auf die Abtreibung der eigenen Person gebe⁷⁷⁸ und die Geburt für den Betroffenen selbst kein Schaden darstelle⁷⁷⁹. Nach der oben dargestellten Änderung der Rechtsprechung in England können jedoch die Eltern eines behinderten Kindes in vergleichbaren Fällen nunmehr den gesamten Kindesunterhalt vom Arzt verlangen. Zu den gleichen Ergebnissen kommt der österreichische OGH in einer Entscheidung vom 25.5.1999⁷⁸⁰: Unterläßt der Arzt eine mögliche Aufklärung über eine schwere Behinderung des zu werdenden Kindes, ist er den Eltern, nicht jedoch dem Kind selbst zu Schadensersatz verpflichtet.

In Belgien wurden Ansprüche des Kindes ebenfalls mit der Begründung abgewiesen, daß die Schädigung keine Folge medizinischer Fehlleistung darstelle⁷⁸¹. In Frankreich hat die Cour de Cassation in zwei Entscheidungen vom März 1996 für die Geburt behinderter Kinder Ersatzansprüche bejaht⁷⁸². Im ersten Fall hatte der zur

⁷⁷⁵ BezGer Arbon 16.10.1985, SJZ 1986, 46 m. zust. Anm. *Weimar*; vgl. dazu *Kuhn*, in *Honsell*, Handbuch des Arztrechts (1994), S. 32 ff.

⁷⁷⁶ OGH vom 25.5.1999, JBl 1999, 593, 596 m.w.N.

⁷⁷⁷ Conseil d'Etat, 2.7.1982, D. 1984, 425 m. Anm. *d'Onorio*; Cass. civ. 1 re, 25.6.1991, D. 1991. 566 m. Anm. *Letourneau*.

⁷⁷⁸ *McKay v. Essex A. H. A.* [1982] 2 W.L.R. 890, 901 f.

⁷⁷⁹ *McKay v. Essex A. H. A.* [1982] 2 W.L.R. 890, 902 f.

⁷⁸⁰ JBl. 1999, 593 m. aufs. Fenyves/Hirsch in RdM 2000, 10 ff.

⁷⁸¹ Tribunal de Mons 6.10.1993, zit. n. *Dalcq*, aaO., S. 193 f.

⁷⁸² Cass. civ. 1^{re}, 26.3.1996, D. 1997.35 m. Anm. *Roche-Dahan*; RTD 95 (1996), 623 Anm. *Jourdain*.

Beratung über genetische Schäden herangezogene Arzt deren Gefahr aufgrund einer Fehldiagnose zu Unrecht verneint. Im zweiten war der nach einer Rötelerkrankung der Mutter in Betracht gezogene Schwangerschaftsabbruch unterblieben, weil fälschlich ein hinreichender Immunitätsschutz bejaht worden war. In beiden Entscheidungen ist nicht nur ein Schadensersatzanspruch der Eltern bejaht worden, was im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des englischen Court of Appeal steht. Die Cour de Cassation hat darüber hinaus als bisher einziges höchstinstanzliches Gericht eigene Ersatzansprüche des Kindes bejaht. Dabei hat es die Argumente vorheriger Instanzentscheidungen, das Kind habe wegen der bereits angelegten oder bestehenden Schädigung keine Chance auf ein gesundes Leben verloren⁷⁸³ bzw. es fehle der Kausalzusammenhang zwischen dem Handeln des Arztes und der Schädigung⁷⁸⁴, ohne nähere Würdigung verworfen. Diese Rechtsprechung ist im November 2000 noch einmal von der Assemblée plénière der Cour de Cassation bestätigt worden⁷⁸⁵. Dagegen hat der Conseil d'État im Februar 1997 die Kausalität und damit den Ersatzanspruch beim behindert geborenen Kind verneint, ihn den Eltern jedoch zugesprochen⁷⁸⁶.

cc) Pränatale und perinatale Schädigungen

In Italien hat sich die neuere Judikatur mit der Rechtstellung des Kindes und der Eltern bei fehlerhafter und schädigender ärztlicher Behandlung vor und während der Geburt auseinandergesetzt. Probleme bereitet hier Art. 1 Codice civile, demzufolge die Rechtstellung des Neugeborenen vom Ereignis der Geburt abhängig gemacht wird.

Zunächst haben die Gerichte bei perinatalen Schädigungen durch ärztliches Handeln Entschädigungen entweder an das Opfer selbst⁷⁸⁷ oder an die Eltern⁷⁸⁸ gewährt. Im jüngsten Fall erlitt ein Kind eine schwere irreversible Hirnschädigung, weil sich das Krankenhauspersonal zu spät zum Kaiserschnitt entschlossen hatte⁷⁸⁹. Das Gericht hat ein eigenes Recht des Kindes anerkannt, Schadensersatz für die pränatale

⁷⁸³ Cour d'appel de Paris, 17.12.1993, Gaz. Pal. 1994. 147; de Bordeaux, 26.1.1995, JCP 1995. IV. 1568 m. Anm. Hauser, RTD civ. 94 (1995), 863.

⁷⁸⁴ Cour d'appel de Versailles, 8.7.1993, Gaz. Pal. 1994, 149; Tribunal de Grande Instance de Montpellier 15.12.1989; vgl. *Dalco*, aaO., S. 192 f.

⁷⁸⁵ Cass. ass. pl. 17. 11. 2000, D. 2001, 332 m. Anm. *D. Mazeaud*, et p. 336 Anm. *Jourdain*; Bespr. von *Aubert*, D. 2001 Chr. 489, *Aynès*, D. 2001, 492.

⁷⁸⁶ Conseil d'État, 14.2.1997, D. 1998 Somm. 322 m. Anm. *Penneau*.

⁷⁸⁷ Trib. Vérone, 15.10.1990, zit. n. *Zana*, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 279.

⁷⁸⁸ Trib. Lucques, 18 janvier 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 264, zit. n. *Zana*, aaO.

⁷⁸⁹ Cour de Cassation, arrêt civ., 22.11.1993, n. 11503, in *Corr. giur.*, 1994, 482, zit. n. *Zana*, aaO.

Schädigung einzufordern. Der Anspruch gründet sich auf den Behandlungsvertrag, den die Mutter mit der Klinik geschlossen hatte. Dieser Vertrag verpflichtete die Klinik nicht nur gegenüber der Mutter, sondern auch gegenüber dem Fötus bzw. dem Neugeborenen und wirkt damit zugunsten Dritter bzw. entfaltet Schutzwirkung zugunsten des (auch ungeborenen) Kindes⁷⁹⁰.

III. Verantwortung und Haftung im Hinblick auf Personen, Geräte und Produktverwendung im Rahmen eines arbeitsteiligen Behandlungsvorgangs

1. Haftung der Klinik für Personal/Eigenhaftung

Alle Staaten kennen das Prinzip der Haftung des Übergeordneten. In den Details gibt es je nach Land aber Unterschiede, wie weit die Haftung reicht.

Auch in den ausländischen Rechtsordnungen dieser Betrachtung wird darauf abgestellt, in welchem Verhältnis vertragliche Beziehungen bestehen, um die Eigenhaftung und das Einstehenmüssen für Dritte zu begründen. Sehr weit geht dabei eine neuere Entscheidung des zweiten Senats des österreichischen OGH⁷⁹¹. Danach ist eine Haftung der Klinik auch gegenüber einem Besucher bejaht worden, der nach Verlassen des Gebäudes beim Warten auf ein öffentliches Verkehrsmittel von einem herabfallenden Dachziegel verletzt wurde. Der Besucher sei in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages einbezogen, so daß die Klinik auch ihm gegenüber für ihre Erfüllungsgehilfen aus § 1313a ABGB hafte. Entgegengesetzt entschied hingegen der erste Senat hinsichtlich eines Besuchers, der auf dem Gang eines Krankenhauses infolge des glatten Bodens gestürzt war⁷⁹². Hinsichtlich der Haftung bei der Anfängeroperation hat sich der österreichische OGH⁷⁹³ der Rechtsprechung des BGH⁷⁹⁴ zum Übertragungsverschulden angeschlossen.

In der österreichischen Lehre ist die Art des Vertragsverhältnisses bei Krankenhauspatienten der »Sonderklasse«, also Privatpatienten, umstritten. Denn nach einigen Landesgesetzen steht dem Arzt ein gesonderter Honoraranspruch

⁷⁹⁰ Vgl. dazu *Zana*, aaO.

⁷⁹¹ Vom 27.11.1984, JBl. 1985, 293.

⁷⁹² OGH vom 13.11.1985, JBl. 1986, 452; zu beiden Fällen *Steiner*, in *Fischer/Lilie* aaO. S. 316 f.

⁷⁹³ Im Urteil vom 9.9.1986, JBl. 1987, 101, 104, 106; dazu *Giesen*, in FS Steffen, 159, 162.

gegen den Patienten zu, nach anderen hingegen ist stets allein der Anstaltsträger liquidationsberechtigt⁷⁹⁵. Für die Fälle des eigenen Anspruchs des Arztes liegt daher nach einer Ansicht ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag vor⁷⁹⁶, so wie es der BGH für das deutsche Recht im Grundsatz annimmt. Daraus wird dann z.T. geschlossen, daß auch das Krankenhaus für Fehler des Arztes haftet⁷⁹⁷.

Nach anderer Meinung soll ein gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag gegeben sein⁷⁹⁸, so daß eine vertragliche Haftung des Arztes für die ordnungsgemäße medizinische Behandlung und des Krankenhauses für die Pflegeleistung besteht. Der behandelnde Arzt darf sich nicht ohne weiteres durch einen anderen vertreten lassen⁷⁹⁹.

Bei Hinzuziehung von Ärzten mittels Datenfernübertragung (sog. Telemedizin) haftet bei Kassenpatienten der Krankenhausträger im Rahmen der Erfüllungsgehilfenhaftung nach § 1313a ABGB für diese, ebenso bei Privatpatienten der behandelnde Arzt, wenn nur mit diesem ein Vertragsverhältnis besteht. In anderen Fällen haften alle vertraglich zur Behandlung verpflichteten Ärzte als Gesamtschuldner⁸⁰⁰.

Auch die Schweiz kennt die dem deutschen Recht ähnliche Haftung für Erfüllungsgehilfen aus Art. 101 Abs. 1 OR. Dabei ist der Erfüllungsgehilfe aber vom sog. Substituten (eines vom Krankenhaus unabhängigen Arztes) zu unterscheiden, der selbst haftet⁸⁰¹. Die Organhaftung ist ebenfalls dem deutschen Recht ähnlich geregelt⁸⁰².

Nach der neueren Rechtsprechung des italienischen Corte di cassazione⁸⁰³ gilt nunmehr die Vertragshaftung für Krankenhäuser und Ärzte des staatlichen Gesundheitswesens, nämlich der Unità Sanitarie Locali, weil sich auf dieser Grundlage ein besserer Schutz und somit eine bessere Rechtsstellung für den Patienten ergibt⁸⁰⁴. Das ist auch im Zusammenhang mit der Umstrukturierung des italienischen Gesundheitswesens zu sehen⁸⁰⁵. Eine derartige Haftung wurde vordem

⁷⁹⁴ Wie in BGHZ 88, 248.

⁷⁹⁵ Vgl. Engeljähringer, ÖJZ 1993, 488, 496.

⁷⁹⁶ Dazu Markl/Pittl, ÖJZ 1997, 774, 775 f. m.w.N.; Engeljähringer, a.a.O., S. 496 f.

⁷⁹⁷ Engeljähringer a.a.O., S. 497.

⁷⁹⁸ So Bydliński, in: Rechberger (Hrsg.), FS Kralik, Wien 1986, S. 368.

⁷⁹⁹ Markl/Pittl, ÖJZ 1997, 774, 776.

⁸⁰⁰ Siehe Markl/Pittl, a.a.O., S. 779 f.

⁸⁰¹ Vgl. Hausheer, in Medical Responsibility, S. 767 Rn. CH 96.

⁸⁰² Siehe Hausheer, in Medical Responsibility, S. 768 Rn. CH 101.

⁸⁰³ Nr. 2144 vom 1.3.1988, Foro it. 1988, I, 2296.

⁸⁰⁴ So Zana, aaO., S. 278.

⁸⁰⁵ Dazu Zana, aaO., S. 268.

nur für private Kliniken angenommen⁸⁰⁶. Die Haftung für Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen ergibt sich in Italien aus den Artt. 1228 und 2049 codice civile⁸⁰⁷. Dabei gilt, daß der Arzt für eine Hilfsperson allein haftet, wenn diese im Rahmen ihrer Tätigkeit bleibt. Der übergeordnete Arzt haftet für Fehler seiner Assistenten nur dann allein, wenn seine Anweisungen nicht offensichtlich rechtswidrig (und damit strafbar) waren. Bei offensichtlich rechtswidrigen Anweisungen tritt die Haftung der Assistenten hinzu⁸⁰⁸, weil solche Weisungen von diesen nicht befolgt werden dürfen.

In Frankreich ist in zwei neuen Entscheidungen der Cour de cassation darauf erkannt worden, daß auch eine Privatklinik für ihre Ärzte aus der Arbeitgeberstellung haftet⁸⁰⁹. Ungewöhnlich sind die Urteile deshalb, weil sie von der sonst alleinigen Verantwortung und damit Haftung des vertraglich gebundenen Arztes abweichen⁸¹⁰. Daher sind sie in der Literatur heftig kritisiert worden⁸¹¹. Jedoch hat das Gericht diese Rechtsprechung im Jahre 1999 bestätigt⁸¹². Neuerdings wird für den Bereich der öffentlichen Krankenversorgung durch den Conseil d'Etat unter bestimmten Umständen auch eine Gefährdungshaftung anerkannt⁸¹³, nämlich bei Anwendung einer neuen Therapie mit einem bekannten Risiko, dessen Verwirklichung außergewöhnlich ist, wenn ein Grund vorliegt, der es verbietet, daß der Patient diesem Risiko besonders ausgesetzt werden sollte⁸¹⁴. Die Klinik haftet darüber hinaus für angestellte Ärzte ausnahmsweise dann, wenn sie für ein Drittverschulden eintritt; etwa in dem Fall der Tötung eines Unterhaltsverpflichteten, wenn die hinterbliebenen Anspruchsberechtigten einen mittelbaren Schaden (wegen Wegfalls der Unterhaltszahlungen) aus Art. 1384 Abs. 5 C. C. geltend machen können, der fahrlässig herbeigeführt wurde⁸¹⁵. Es besteht eine entsprechende Rückgriffsmöglichkeit) gegen den fehlerhaft handelnden Arzt, außerdem haftet die Klinik für eigenes Auswahl- oder Überwachungsverschulden⁸¹⁶.

Auch nach belgischem Recht haftet der jeweilige Vertragspartner für ein Verschulden

⁸⁰⁶ Vgl. *Busnelli/Zana*, in *Medical Responsibility*, S. 397 Rn. I 87.

⁸⁰⁷ Siehe *Busnelli/Zana*, a.a.O., S. 403 Rn. I 104.

⁸⁰⁸ Vgl. *Busnelli/Zana*, a.a.O., S. 399 ff. Rn. I 94 ff.

⁸⁰⁹ J.C.P.1991.II.21730 und J.C.P.1993.II.22013.

⁸¹⁰ Siehe dazu *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 200 Rn. F 104.

⁸¹¹ So *Penneau*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 257 m.w.N.

⁸¹² Cass. civ. 1re, 26.5.1999, D. 1999 Somm. 719 (aber unter Aufhebung der die Klinikhaftung bejahenden Vorentscheidung, weil diese die Angestelltenstellung des Arztes nicht festgestellt hatte); ebenso 7.10.1998, D. 1999 Somm. 391, RTD civ. 1998, 120 (Haftung für angestellte Hebamme).

⁸¹³ Siehe die Entscheidung vom 9.4.1993, in J.C.P.1993.II.22061.

⁸¹⁴ Vgl. *Penneau*, aaO., S. 255.

⁸¹⁵ Siehe *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 196 Rn. F 91.

⁸¹⁶ Zum ganzen: *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 195 f. Rn. F 91 f.

seiner Erfüllungsgehilfen⁸¹⁷. Der Arzt haftet nach der neueren Rechtsprechung, wenn er Handlungen seinem (nichtärztlichen) Hilfspersonal überträgt, obwohl sie zu den Maßnahmen gehören, deren Ausführung allein dem Arzt vorbehalten ist. Dieses fehlerhafte Verhalten erfährt keine Rechtfertigung durch eine ständige Übung, wenn sich diese Übung als Fahrlässigkeit (imprudence) darstellt, insbesondere dann, wenn ein Menschenleben auf dem Spiel steht⁸¹⁸. Noch nicht entschieden ist die Haftungsfrage in den Fällen, in welchen es zu einer Übertragung des HIV-Virus durch Blutkonserven kam, wenn diese vom Belgischen Roten Kreuz (dem Monopolisten in diesem Bereich) schon verunreinigt zur Verfügung gestellt wurden⁸¹⁹. In anderen Fällen haften sowohl die private wie auch die staatliche Klinik für angestellte Ärzte und anderes Personal, wobei dies bei privaten Kliniken aufgrund des Bestehens von Versicherungen oder des vertraglichen Haftungsausschlusses ohne praktische Bedeutung ist⁸²⁰. Bei staatlichen Häusern tritt eine Organhaftung der Klinik neben diejenige des Handelnden. Nach der Rechtsprechung werden die angestellten Ärzte nicht als Organe iSd. belgischen Rechts angesehen, ein von ihnen begangener Fehler begründet also nicht die direkte Staatshaftung, wohl aber kann die Erfüllungsgehilfenhaftung gem. Art. 1384 Abs. 3 C. C. eingreifen⁸²¹.

In Griechenland gilt, daß der Arzt bei Ausübung seiner medizinischen Tätigkeit zwar keinerlei Weisungen unterliegt, so daß die Klinik auch nicht für ihn haftet, jedoch befürworten Stimmen in der Literatur die Ausweitung der Haftung des Dienstherrn im Sinne einer Haftung für Erfüllungsgehilfen⁸²².

In den Niederlanden haftet die Klinik seit jeher für angestellte Ärzte und das sonstige Personal aus Vertrag⁸²³ wie bei der deutschen Erfüllungsgehilfenhaftung⁸²⁴. Darüber hinaus findet sich seit 1995 in Art. 7:462 B.W. eine zentralisierte Krankenhaushaftung, die auch bei der Behandlung durch Belegärzte eingreift, mit denen der Patient einen eigenen Vertrag geschlossen hat. Danach haftet die Klinik bei allen Behandlungsmaßnahmen, die in ihr stattfinden, für Pflichtverletzungen so, als ob sie selbst Vertragspartner wäre, kann aber beim Belegarzt Rückgriff nehmen⁸²⁵. Nach dieser Neuregelung dürfte der in Art. 6:170 B.W. geregelten

⁸¹⁷ Vgl. *Dalcq*, in *Medical Responsibility*, S. 103 f. Rn. B 118.

⁸¹⁸ Siehe *Dalcq*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 183 m. Nachw. aus der Rechtsprechung.

⁸¹⁹ So *Dalcq*, aaO., S. 190 f.

⁸²⁰ Vgl. *Dalcq*, in *Medical Responsibility*, S. 108 Rn. B 134; S. 107 Rn. B 131; S. 109 Rn. B 138.

⁸²¹ Dazu *Dalcq*, a.a.O., S. 110 f. Rn. B 144, der selbst einen gegenteiligen Standpunkt vertritt.

⁸²² Vgl. *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 338 f. Rn. GR 149 f.

⁸²³ Vgl. *Leenen/Gevers*, in *Medical Responsibility*, S. 442 f. Rn. NL 56.

⁸²⁴ Siehe *Leenen/Gevers*, a.a.O., S. 445 Rn. NL 63.

⁸²⁵ *Dute*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 295 f.

deliktischen Gehilfenhaftung im Arzthaftungsbereich nur noch wenig Bedeutung zukommen, da sie engeren Grenzen unterliegt als die Vertragshaftung. Voraussetzung für sie ist nämlich, daß die Beauftragung des Gehilfen das Risiko des Fehlereintritts erhöht hat.

In Portugal haftet bei Behandlung in einem öffentlichen Krankenhaus nur dieses selbst, der Arzt nur im Wege des Rückgriffs. Private Kliniken haften vertraglich für die in ihrem Dienst stehenden Ärzte, nicht dagegen deliktisch⁸²⁶.

Schließlich gilt auch in Spanien, daß sich die Haftung nach der Vertragslage gestaltet und mithin entweder der Arzt oder das Krankenhaus als Vertragspartner haften⁸²⁷.

In England und Schottland hat die teilweise Neuorganisation des National Health Service (NHS) mit der Einrichtung von NHS Trusts als (selbständigen) Krankenhausträgern zu einer Haftung derselben für das dort arbeitende Personal geführt. Ansonsten bleibt es aber bei der Haftung des NHS für Ärzte und anderes Personal⁸²⁸. Die Kosten dafür werden bis zu einer bestimmten festgesetzten Obergrenze vom Staat getragen, für den Rest muß der Trust selbst aufkommen⁸²⁹.

2. Haftung im Ärzteteam

In diesem Bereich zeichnen sich international zwei Gruppen der Haftung ab: In der überwiegenden Zahl der Staaten haftet im Ärzteteam jeder Arzt nur für sein eigenes Verschulden, weil eine Gleichordnung zwischen Ärzten der verschiedenen Fachrichtungen besteht, die auch in der Weisungsfreiheit untereinander⁸³⁰ zum Ausdruck kommt. Dies gilt in Deutschland⁸³¹, Belgien, wo der Chirurg als Teamchef allerdings auch für postoperative Risiken überwachungspflichtig bleibt⁸³², England⁸³³, Italien⁸³⁴, den Niederlanden⁸³⁵, der Schweiz⁸³⁶ und Spanien⁸³⁷. In Belgien und der

⁸²⁶ So *Figueiredo Dias/Sinde Monteiro*, a.a.O., S. 536 Rn. P 72.

⁸²⁷ Vgl. *Santos Briz*, in *Medical Responsibility*, S. 662 Rn. E 87 f.

⁸²⁸ Dazu *Kennedy*, in *Medical Responsibility*, S. 155 f. Rn. GB 110 und *Blackie*, in *Medical Responsibility*, S. 595 f. Rn. Sc 90 und S. 596 f. Rn. Sc 92.

⁸²⁹ Zur neuen Rechtslage: *Blackie*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 201.

⁸³⁰ Siehe *Laufs*, *Arztrecht*⁵, Rn. 527.

⁸³¹ Unter Hinweis auf den aus der Aufgabenteilung folgenden Vertrauensgrundsatz: BGH NJW 1980, 649, 650 und 650, 651 jeweils das Strafrechts und das Verhältnis von Chirurg und Anästhesist betreffend; sowie BGH NJW 1991, 1539, mit Betonung der unterschiedlichen Aufgaben und Verantwortungsbereiche vorgenannter Ärztegruppen; siehe auch *Deutsch/Schreiber*, in *Medical Responsibility*, S. 258 Rn. D 102; *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 253 a.E. Ebenso bei der ambulanten Operation; siehe *Kern*, NJW 1996, 1561, 1564. Haftungsfragen von Operateur, Hausarzt und Pflegedienst bei ambulanten Operationen erörtern *Andreas*, *ArztR Supplement* 6/96, 14; *Dehong*, aaO. S. 20 f. und *Steffen*, aaO. S. 26 f.

⁸³² Siehe *Dalcq*, aaO., S. 183.

⁸³³ Vgl. *Kennedy*, in *Medical Responsibility*, S. 157 f. Rn. GB 116; *Giesen*, MML Rn. 57 m. w. N. aus der englischen und anderen internationalen Rechtsprechung.

⁸³⁴ Siehe *Busnelli/Zana*, in *Medical Responsibility*, S. 401 f. Rn. I 99.

Schweiz ist dabei ebenso wie in Deutschland eine gesamtschuldnerische Haftung bekannt, wenn mehrere kumulativ den Fehler verursacht und so den Schaden herbeigeführt haben. In den Niederlanden greift, wenn das Team in einer Klinik oder ähnlichen Institution tätig wird, wieder die zuvor geschilderte quasivertragliche Krankenhaushaftung nach Art. 7:462 B.W. ein.

Dagegen wird in Frankreich darauf abgestellt, zwischen welchen Parteien ein Vertrag geschlossen wurde. Besteht dieser mit jedem Mitglied des Ärzteteams, haftet auch jeder selbst. Wurde der Vertrag hingegen nur mit dem Teamchef geschlossen, haftet dieser allein und auch für dritte Ärzte. Trotz einer gewissen Eigenständigkeit des Anästhesisten verbleibt beim Teamchef stets eine generelle Überwachungspflicht⁸³⁸. Auch in Griechenland ergibt sich je nach Vertragslage eine Haftung des einzelnen oder übergeordneten Arztes, allerdings mit zusätzlicher deliktischer Haftung des einzelnen Teammitglieds. Eine Gesamtschuld ist dabei möglich⁸³⁹.

⁸³⁵ Vgl. *Leenen/Gevers*, in *Medical Responsibility*, S. 443 f. Rn. NL 59; *Dute*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 296.

⁸³⁶ Dazu *Hausheer*, in *Medical Responsibility*, S. 769 Rn. CH 105 ff.

⁸³⁷ Siehe *Romeo-Casabona*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 347 f.

⁸³⁸ *Penneau*, in *Medical Responsibility*, S. 197 Rn. F 96 ff.; *Daver*, *La télémédecine entre progrès techniques et responsabilités*, D. 2000 Chr. 527, 532 f.

⁸³⁹ Vgl. *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 340 f. Rn. GR 155.

3. Haftung für Geräte

a) Objektive Haftung

aa) Produkthaftung

Größte Bedeutung für die Normierung einer verschuldensunabhängigen Haftung auch für medizinische Geräte hat das Produkthaftungsrecht. Zurückgehend auf die Produkthaftungsrichtlinie der EG (85/374/EWG)⁸⁴⁰, ist sie in den meisten europäischen Staaten in nationales Recht umgesetzt worden⁸⁴¹. Dies hat eine weitgehende Vereinheitlichung der verschuldensunabhängigen Haftung bewirkt. Geringere Differenzen gibt es bei der Haftung für Entwicklungsschäden und für landwirtschaftliche Naturprodukte, die in Finnland, Luxemburg und in Norwegen, für Naturprodukte nunmehr auch in Deutschland, vorgesehen, in den anderen Staaten jedoch ausgeschlossen ist. In der Bundesrepublik, in Griechenland und in Portugal wurden Haftungshöchstgrenzen vorgesehen, in den anderen Staaten fehlen sie⁸⁴². Trotz Umsetzung in nationales Recht brachte die Produkthaftung teilweise nur geringere Besserstellungen gegenüber der vorherigen Praxis der Rechtsprechung⁸⁴³.

bb) Haftung des Arztes oder Krankenhauses

Besonders ausgeprägt ist die verschuldensunabhängige Haftung in den skandinavischen Staaten durch die dort geltenden Regelungen einer verschuldensunabhängigen Schadenserstattung⁸⁴⁴, die dem Patienten einen Entschädigungsanspruch eröffnet, der vom Träger der Patientenversicherung übernommen wird⁸⁴⁵. Die etwa daneben theoretisch mögliche deliktische Haftung hat

⁸⁴⁰ ABl. Nr. L 210/93-33; Text auch bei *Rolland*, Produkthaftungsrecht, S. 453 ff.

⁸⁴¹ So in der Bundesrepublik, BGBl. I 1989, 2198, in Kraft getreten am 1.1.1990; in Dänemark, Gesetz vom 7.7.1989; in Finnland; in Griechenland seit 30.7.1988; in Großbritannien seit 1.3.1988; in Italien seit 29.6.1988; in Luxemburg seit 2.5.1989; in den Niederlanden, Gesetz vom 13.9.1990; in Norwegen, seit dem 1.1.1989; in Portugal seit 21.11.1989; in Österreich seit 1.7.1988.

⁸⁴² Vgl. dazu *Taschner/Frietsch*, Produkthaftungsgesetz² (1990), Anhang zu Art. 19, S. 474 ff.; v. *Westphalen*, Produkthaftungshandbuch II, Vor §§ 114-118 (S. 216 f.).

⁸⁴³ Etwa für Großbritannien: *Blackie*, in *Fischer/Lilie* aaO., S. 211 f., weil hier schon die Vertragshaftung (verschuldensunabhängige) Garantiehaftung ist. Vgl. *Triebel*, *Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht*² (1995), Rn. 138 f.; seit *Paradine v. Jane* [1647] *Aleyn* 26.

⁸⁴⁴ Umfassend dazu: *Pichler*, *Rechtsentwicklungen zu einer verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich*, Band 1, Wien 1994; zum norwegischen Recht siehe den Gesetzestext in *NOU* 1992:6, S. 105 ff. und die Begründung dazu a.a.O., S. 90 ff.

⁸⁴⁵ Vgl. etwa §§ 1 und 10 des schwedischen Entschädigungsgesetzes, abgedruckt , in deutscher Übersetzung bei *Pichler*, a.a.O., S. 91 ff.; § 5 des norwegischen Gesetzes a.a.O., S. 105.

praktisch keine Bedeutung⁸⁴⁶, ebensowenig die in Schweden theoretisch bekannte Haftung für Erfüllungsgehilfen⁸⁴⁷.

Nach dänischem⁸⁴⁸, finnischem⁸⁴⁹ und norwegischem⁸⁵⁰ Recht wird von der Haftung auch der Schaden erfaßt, der durch einen Gerätefehler oder die fehlerhafte Bedienung eines (medizinischen) Geräts verursacht wird. Bedeutungslos ist daher, ob der Schaden durch den Mangel des Gerätes selbst (unmittelbar) oder (mittelbar) aufgrund eines durch den Gerätefehler bewirkten fehlerhaften Untersuchungsergebnisses mit nachfolgend falscher Diagnose und Behandlung herbeigeführt wird.

Die schwedische Regelung für technische Apparate in § 2 Abs. 3 der Entschädigungsbestimmungen beschränkt sich ihrem Wortlaut nach auf solche Diagnosefehler⁸⁵¹. Jedoch sind Behandlungsschäden, die auf einem Gerätefehler beruhen, schon von § 2 Abs. 1 dieser Bestimmungen erfaßt⁸⁵²; denn solche Fehler sind objektiv vermeidbar, und die Vermeidbarkeit ist das wesentliche Kriterium für die Ersatzfähigkeit von Schäden, die als direkte Folge einer Behandlung eingetreten sind und eine Komplikation einer an sich medizinisch begründeten Maßnahme darstellen. Eine verschuldensunabhängige Haftung des Arztes oder Krankenhauses für fehlerhafte Geräte kennen das schweizerische und das österreichische Recht. In der Schweiz gründet sie sich auf Art. 58 OR, der eine sog. milde Kausalhaftung des Eigentümers statuiert⁸⁵³, allerdings nur für Geräte, die mit einem Bauwerk oder dem Boden fest oder zeitweise verbunden sind, worunter z.B. Narkose- und Röntengeräte fallen⁸⁵⁴. In Österreich besteht für gefährliche Sachen eine allgemeine verschuldensunabhängige Haftung in Analogie zu den bestehenden Gefährdungshaftungsnormen⁸⁵⁵. Sie ist auf medizinische Geräte anwendbar, soweit diese als gefährlich einzustufen sind, wofür es allerdings bisher keine Rechtsprechung gibt⁸⁵⁶. Im übrigen greift eine Gefährdungshaftung nach dem Atomhaftpflichtgesetz ein, wenn die Schädigung eines Patienten auf der Verwendung

⁸⁴⁶ Vgl. zur schwedischen Rechtslage: *Hellner*, in *Medical Responsibility*, S. 700 Rn. S 27.

⁸⁴⁷ Dazu *Hellner*, a.a.O., S. 701 f. Rn. S 30 ff.

⁸⁴⁸ Siehe § 2 Ziff. 2 Patientenversicherungsg iVm. Nr. 4.2. Erlaß über Entschädigungsrichtlinien; Deutsch bei *Pichler*, a.a.O., S. 117 u. 129.

⁸⁴⁹ Siehe § 2 Nr. 1 PatientenschadenG; Deutsch bei *Pichler*, a.a.O., S. 103.

⁸⁵⁰ § 3 Abs. 2 des norwegischen Gesetzes, NOU 1992:6, S. 105.

⁸⁵¹ Siehe *Pichler*, a.a.O. S. 91.

⁸⁵² *Pichler*, a.a.O. S. 347 f.

⁸⁵³ *Hausheer*, in *Medical Responsibility*, S. 770 Rn. CH 110. Ob das Gerät sorgfältig gewartet worden ist und ob der Eigentümer vom Defekt Kenntnis hatte, ist unerheblich (a.a.O. Rn. CH 111).

⁸⁵⁴ Siehe *Hausheer*, a.a.O. Rn. CH 112.

⁸⁵⁵ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II², S. 575 ff. m. Nachw.

⁸⁵⁶ *Steiner*, in *Medical Responsibility*, S. 52 f. Rn. A 100.

von radioaktivem Material beruht⁸⁵⁷.

In den Niederlanden haften Arzt oder Krankenhaus, wenn die von ihnen bei der Behandlung eingesetzten Geräte Defekte aufweisen, nach Art. 6:77 B.W. aus Vertrag, es sei denn, daß eine solche Haftung unvertretbar ist⁸⁵⁸. Deliktisch statuiert Art. 6:173 B.W. eine Gefährdungshaftung des Besitzers von besonders gefährlichen beweglichen Sachen. Darunter sollten auch viele medizinische Geräte fallen⁸⁵⁹. Entscheidungen, in denen die Haftung auf dieser Grundlage bejaht worden ist, liegen aber bisher offenbar nicht vor⁸⁶⁰.

In Frankreich beschränkt sich die Sachhaftung für medizinische Materialien und Geräte weitgehend auf das Vertragsrecht. Bei deren Verwendung besteht eine »obligation de résultat« für die Fehlerlosigkeit, weshalb bei Vorliegen eines Fehlers nur der Nachweis einer nicht zuzurechnenden Drittverursachung entlastet⁸⁶¹. Aus diesem Grund hat das Berufungsgericht Dijon bei Verwendung eines mangelhaften Transplantats den Hersteller und den Arzt gesamtschuldnerisch haften lassen, das Berufungsgericht Versailles bei einem schadhafte Bestrahlungsgerät Arzt und Krankenhaus⁸⁶². Die Cour de cassation hat sowohl die Haftung des Herstellers eines schädigenden Arzneimittels⁸⁶³ als auch die des anwendenden Krankenhauses⁸⁶⁴ bejaht, aber dem Patienten den Beweis aufgebürdet, daß der Schaden von dem Material oder Gerät herrührt⁸⁶⁵. Dagegen spielt die seit dem arrêt Jand'heur⁸⁶⁶ zur Gefährdungshaftung ausgebaute Haftung des Art. 1384 Abs. 1 C.c. für durch Sachen angerichtete Schäden im Bereich des Arztrechts eine relativ geringe Rolle. Für eine Haftung von Arzt oder Krankenhaus gegenüber dem Patienten scheidet sie wegen der ausschließlichen Vertragshaftung regelmäßig aus. Eine Deliktshaftung gegenüber Angehörigen ist zwar von der Cour de Cassation in einem Fall bejaht worden, in dem der Patient bei der Explosion eines Anästhesiegerätes getötet worden war⁸⁶⁷. Dagegen ist diese Haftung in einem Fall, in dem der Patient bei der Injektion eines Kontrastmittels gestorben war, verneint worden, weil weder ein Fehler

⁸⁵⁷ Steiner, a.a.O.

⁸⁵⁸ Leenen/Gevers, in Medical Responsibility, S. 444 Rn. NL 60; Dute, in Fischer/Lilie aaO., S. 296 f.

⁸⁵⁹ Leenen/Gevers, a.a.O. Rn. NL 62.

⁸⁶⁰ Dute, aaO., S. 296 f.

⁸⁶¹ Cour d'appel Paris, 12.1.1989, D. 1989. Somm. 317; Penneau, D. 1995. Somm. 101; ebenso jetzt für HIV-verseuchtes Blut Cass. civ. 1re, 9.7.1996, D. 1996.610.

⁸⁶² Cour d'appel Dijon, 12.4.1994, D. 1995. Somm. 101; Cour d'appel Versailles, 14.10.1993, a.a.O.

⁸⁶³ Cass. civ. 1re, 3.3.1998, D. 1999. Jur. 36.

⁸⁶⁴ Cass. civ. 1re, 7.11.2000, D. 2000 I.R. 293.

⁸⁶⁵ Cass. civ. 1re, 9.11.1999, D. 1999. Comm. 117.

⁸⁶⁶ Ch. réun., 13.2.1930, D. 1930.1.57; dazu Gotthard, in v. Bar (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa (1994), S. 42.

⁸⁶⁷ Cass. civ. 1re, 1.4.1968, D. 1969.653.

dieses Mittels noch ein Behandlungsfehler des Arztes festgestellt war⁸⁶⁸. In Belgien kommt eine deliktische Haftung aus Art. 1384 C.c. für defekte Geräte und Materialien theoretisch in Betracht, aber wiederum nicht gegenüber Patienten, weil die vertragliche Beziehung eine deliktische Gefährdungshaftung ausschließt. Entscheidungen, in denen eine Haftung für Gerätefehler dort rechtskräftig bejaht worden ist, gibt es nicht⁸⁶⁹.

b) Beweislastumkehr

Der Unterschied zur Beweislastumkehr nach deutschem Recht gegenüber der nach französischem Recht bestehenden Notwendigkeit, zur Entlastung eine nicht zurechenbare Drittverursachung nachzuweisen, dürfte freilich in praxi nicht allzu groß sein. Auch in Portugal besteht nach Art. 493 Abs. 2 C.c. eine Verschuldensvermutung, wenn der Schaden durch eine Tätigkeit herbeigeführt wird, die ihrer Art nach oder wegen der verwendeten Mittel gefährlich ist. Diese Beweislastumkehr gilt auch für ärztliche Maßnahmen, die mit Hilfe risikobehafteter Materialien oder Geräte erfolgen⁸⁷⁰; d.h. der Arzt muß beweisen, daß er alle den Umständen nach erforderlichen Vorkehrungen zur Schadensvermeidung getroffen hat. In Italien ist die entsprechende Vorschrift des Art. 2050 C.c. in der Lehre im gleichen Sinne interpretiert worden. Jedoch hat der Kassationshof die Anwendung der Norm auf ärztliche Dienstleistungen in zwei Entscheidungen aus den Jahren 1968 und 1979 ausdrücklich abgelehnt⁸⁷¹. Generell gegen Beweislastumkehrungen bei ärztlichen Behandlungen hat sich das spanische Tribunal Supremo ausgesprochen⁸⁷². Dort greift also auch bei Geräte- und Materialfehlern nur die normale Verschuldenshaftung ein⁸⁷³, und gleiches gilt für Großbritannien⁸⁷⁴ sowie für Griechenland⁸⁷⁵.

c) Verschuldensabhängige Haftung

Neben einer verschuldensunabhängigen Haftung bleibt auch diejenige aus

⁸⁶⁸ Cass. civ. 1re, 25.1.1971, D. 1972.534 m. Anm. *Penneau*.
⁸⁶⁹ *Dalcq*, in *Medical Responsibility*, S. 102 f., Rn. B 114.
⁸⁷⁰ *Figueiredo Dias/Sinde Monteiro*, in *Medical Responsibility*, S. 537 Rn. P 75.
⁸⁷¹ *Busnelli/Zana*, in *Medical Responsibility*, S. 402 f. Rn. 101 f. m. Nachw.
⁸⁷² T.S., 11.3.1991, *Actualidad Civil* 1991, 1520, 1525; *Romeo-Casabona*, aaO., S. 343.
⁸⁷³ *Santos Briz*, in *Medical Responsibility*, S. 662 f. Rn. E 89.
⁸⁷⁴ Siehe *Kennedy*, in *Medical Responsibility*, S. 158 Rn. GB 118; *Blackie*, a.a.O., S. 598 Rn. Sc 98.

Verschulden bestehen⁸⁷⁶, sie hat in den meisten Staaten ihre Bedeutung neben der reinen Gefährdungshaftung behalten⁸⁷⁷. Sie bleibt die einzige Art der Haftung in den Staaten, welche die Produkthaftungsrichtlinie (noch) nicht umgesetzt haben⁸⁷⁸, sofern nicht die Rechtsprechung eigenständige Gefährdungshaftungs-Tatbestände entwickelt hat.

4. Haftung bei Blutprodukten (HIV-Infektion)

Spezielle gesetzliche Entschädigungsregelungen sind in Frankreich⁸⁷⁹, Italien⁸⁸⁰ und Spanien⁸⁸¹ ergangen. Für die – von einem Verschulden unabhängigen – Ansprüche haftet in Frankreich ein Fonds, in Italien und Spanien der Staat. Im Gegensatz zum deutschen Recht schließt die französische Entschädigungsregelung die – ebenfalls verschuldens-unabhängige⁸⁸² – deliktische Haftung des Herstellers nicht generell aus, sondern nur dann, wenn der Geschädigte den Entschädigungsfonds in Anspruch nimmt⁸⁸³ und sein Antrag von diesem nicht zurückgewiesen wird⁸⁸⁴. In Belgien ist über die Haftung des (im Blutspendebereich als Monopolisten tätigen) belgischen Roten Kreuzes noch nicht entschieden⁸⁸⁵. In den Niederlanden hat ein erstinstanzliches Gericht in einer 1992 veröffentlichten Entscheidung die Haftung eines Krankenhauses für eine Mitte 1983 vorgenommene Blutübertragung verneint, weil nicht sicher sei, ob der Patient nicht schon vorher infiziert war, und weil zu dieser Zeit der Zusammenhang zwischen Blut und HIV-Infektion noch nicht voll geklärt gewesen sei⁸⁸⁶.

Aus den anderen europäischen Staaten liegen mir keine Entscheidungen vor, was zum Teil an den bestehenden gesetzlichen Entschädigungsregelungen liegen mag.

⁸⁷⁵ *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 341 Rn. 157.

⁸⁷⁶ Eine Ordnung schließt die andere nicht aus, vgl. *Laufs*, *Arztrecht*⁵, Rn. 467.

⁸⁷⁷ Anders nur in den skandinavischen Staaten. Vgl. zur schwedischen Rechtslage *Hellner*, in *Medical Responsibility*, S. 700 Rn. S 27.

⁸⁷⁸ So gelten in der Schweiz die allgemeinen Haftungsregeln, vgl. *Hausheer*, in *Medical Responsibility*, S. 769 Rn. CH 108 oder besteht in Griechenland eine reine Verschuldenshaftung, siehe *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 341 Rn. GR 157.

⁸⁷⁹ Art. 47 de la loi no. 91-1406 du 31 déc. 1991, D. 1992 Lég. 96, 102 f.

⁸⁸⁰ Siehe *Zana*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 273.

⁸⁸¹ Vgl. *Romeo-Casabona*, aaO. S. 348.

⁸⁸² Cass. civ. 1re, 9.7.1996, D. 1996.610 m. Anm. *Lambert-Faivre*.

⁸⁸³ Cass. civ. 1re, 9.7.1996, a.a.O. S. 613.

⁸⁸⁴ Cass. civ. 1re, 28.4.1998, Gaz. Pal. 15./16.1.1999, 8.

⁸⁸⁵ *Dalcq*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 190.

⁸⁸⁶ *Dute*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 295 m. Nachw.

IV. Medizinische Versuche am Menschen

1. Grundlagen

Ähnlich dem deutschen Recht ist das spanische Recht ausgestaltet, das im dritten Teil des Ley del Medicamento vom 20.12.1990 sowie in den dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen des Real Decreto 561/1993 Vorschriften über klinische Versuche mit Arzneimitteln und Medizinprodukten enthält⁸⁸⁷. Die umfassendste Normierung findet sich nunmehr in Frankreich, wo der Code de la santé public durch das Gesetz No. 88-1138 vom 20.12.1988 durch ein Buch II^{bis} über den Schutz von Versuchspersonen ergänzt worden ist⁸⁸⁸. Dieses Gesetz ist inzwischen noch mehrfach ergänzt und modifiziert worden⁸⁸⁹. In England ist dagegen nur die obligatorische Einrichtung von Ethikkommissionen bei Versuchen im staatlichen Gesundheitsdienst gesetzlich vorgeschrieben worden⁸⁹⁰.

Eine internationale rechtsverbindliche Norm findet sich in Art. 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, derzufolge niemand ohne seine freie Einwilligung medizinischen oder wissenschaftlichen Versuchen unterworfen werden soll⁸⁹¹. Eine internationale berufsethische Empfehlung stellt die revidierte Deklaration von Helsinki dar, die der Weltärztebund erstmals 1962 beschlossen, 1975 zum ersten Mal revidiert⁸⁹² und nach zwischenzeitlichen geringen Änderungen 2000 wiederum ganz neu gestaltet hat, wobei jedoch die wesentlichen Grundsätze, insbesondere die Unterscheidung zwischen therapeutischen und nichttherapeutischen Versuchen, erhalten geblieben sind⁸⁹³. Diese Deklaration ist zwar nicht unmittelbar rechtsverbindlich. Sie beeinflusst jedoch in vielen Ländern die Zulässigkeitsvoraussetzungen medizinischer Versuche erheblich. Während in Deutschland und Spanien die dort niedergelegten Grundsätze die Grundlage für die oben genannten Vorschriften des Arzneimittelgesetzes geworden sind, entspricht ihnen in der Schweiz eine Richtlinie der Schweizerischen Akademie der

⁸⁸⁷ Siehe *Romeo-Casabona*, aaO., S. 347.

⁸⁸⁸ *Penneau*, aaO., S. 264; Abdruck des Gesetzes in D. 1989. 12 ff.

⁸⁸⁹ Loi no. 90-86 vom 23.1.1990, D. 1990. 118, 122; Loi no. 94-630 vom 25.7.1994, D. 1994. 390 ff.; Décret no. 90-872 vom 27.9.1990, D. 1990. 406 ff.; Décret no. 91-440 vom 14.5.1991, D. 1991. 247.

⁸⁹⁰ *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 1033.

⁸⁹¹ U.N. Treaty Series, Vol. 999, S. 171. Das Abkommen ist v. Deutschland (BGBl. 1973 II 1533) u. w. 133 Staaten ratifiziert worden.

⁸⁹² Deutsche Übersetzung der 1989 in Hongkong verabschiedeten Fassung in Deutsches Ärzteblatt 1991, B 2927 f.

⁸⁹³ *Deutsch*, NJW 2001, 857 ff.

medizinischen Wissenschaften vom 1.12.1970 und 17.11.1981⁸⁹⁴. Mittelbare Wirkung hat die Deklaration aber in allen Ländern der Europäischen Union durch die Richtlinie der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 19.7.1991 erlangt. Die Richtlinie verlangt in Teil 4 B 1.2, daß alle klinischen Arzneimittelprüfungen im Einklang mit den in der Deklaration niedergelegten ethischen Grundsätzen stehen⁸⁹⁵. Auch die am 12. Und 14. Dezember 2000 verabschiedete Richtlinie des Europäischen Parlamentes und Rates zur klinischen Prüfung von Humanarzneimitteln nimmt in Kapitel I Art. 1 Abs. 2 S. 2 auf die Deklaration von Helsinki (1964) Bezug.

2. Materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen

Sowohl die gesetzlichen Regelungen in Deutschland, Frankreich und Spanien als auch die internationalen und ausländischen Richtlinien gehen von dem grundsätzlichen Unterschied zwischen Heilversuchen (*recherches à finalité thérapeutique directe*, therapeutic research) und wissenschaftlichen Versuchen (*recherches sans finalité thérapeutique directe*, non-therapeutic research) aus. Erstere sind solche, die im Interesse des Patienten liegen⁸⁹⁶, letztere solche, die ohne unmittelbaren therapeutischen oder diagnostischen Nutzen für die Versuchsperson sind. In Italien⁸⁹⁷ und für Griechenland⁸⁹⁸ ist die Auffassung vertreten worden, daß überhaupt nur Versuche im Interesse des Patienten zulässig seien. Ob das wirklich zutrifft, erscheint aber zumindest für Italien zweifelhaft.

Beide Arten von Versuchen müssen nach allen o.g. Regelungen anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen entsprechen und auf hinreichenden vorklinischen Versuchen aufbauen⁸⁹⁹, Art. L. 209-2 C. sant. präzisiert dies noch insofern, als er ausdrücklich den neuesten Erkenntnisstand verlangt. Ebenso ist überall erforderlich, daß das vorhersehbare Risiko in angemessenem Verhältnis zum Vorteil für den

⁸⁹⁴ Abgedruckt bei *Hausheer*, in *Medical Responsibility*, S. 777 ff.

⁸⁹⁵ EG-ABl. vom 26.9.1991 Nr. L 270/32, 48.

⁸⁹⁶ Deshalb ist im französischen Gesetz von 1988 der Begriff »finalité thérapeutique directe« mit dem Gesetz vom 31.1.1990 durch den weitergehenden Begriff »bénéfice individuel direct« ersetzt worden; anders *Patti* in *Taupitz*, Dokumentation, S. 681.

⁸⁹⁷ Siehe *Busnelli/Zana*, in *Medical Responsibility*, S. 409 Rn. I 122.

⁸⁹⁸ Siehe *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 354 Rn. GR 185 mit Ausnahmen Rn. GR 186 a.E. Noch strikter *Rokas/Siginadis*, in *Taupitz*, Dokumentation, S. 665 f., GR-20.

⁸⁹⁹ Revidierte Deklaration von Helsinki (RDH) Nr. I. 1.; Frankreich: Art. L. 209-2 C. sant.; Deutschland: § 40 I Nr. 5 AMG; Schweiz: SAMW-Richtlinie, Gemeins. Bestimmungen Nr. 3; Österreich: siehe *Steiner*, in *Medical Responsibility*, S. 64 Rn. A 124; Spanien: Art. 60.1 Ley des Medicamento.

Patienten bzw. zum Versuchsziel steht⁹⁰⁰. Insbesondere bei wissenschaftlichen Versuchen darf weder der Tod noch eine schwere oder irreversible Schädigung vorhersehbar sein⁹⁰¹. Ferner muß der Versuch unter der Leitung und Aufsicht eines klinisch erfahrenen Arztes erfolgen⁹⁰².

Selbstverständlich sind Einwilligung und Aufklärung des Patienten erforderlich⁹⁰³. Dafür wird grundsätzlich die Schriftform befürwortet⁹⁰⁴. Jedoch bestehen hier in Einzelheiten Unterschiede. Die schweizerische Richtlinie läßt selbst für wissenschaftliche Versuche auch die mündliche Erklärung zu, verlangt aber deren Dokumentation in einem Protokoll⁹⁰⁵. Das deutsche und das spanische Arzneimittelgesetz schreiben in § 40 II Nr. 2 AMG bzw. Art. 60.4 Ley del Medicamento für wissenschaftliche Versuche die schriftliche Einwilligung vor, begnügen sich aber in § 41 Nr. 6 AMG bzw. Art. 60.5 Ley del Medicamento bei Heilversuchen mit der mündlichen Abgabe in Gegenwart eines Zeugen⁹⁰⁶. Dagegen sieht der französische Code de la santé publique in Art. L. 209-9 für alle biomedizinischen Versuche Schriftlichkeit der Aufklärung wie der Zustimmung vor, läßt aber, wo sie nicht möglich ist, die Abgabe vor einem völlig unabhängigen Dritten als Zeugen zu. Die Aufklärung muß bei wissenschaftlichen Versuchen immer erfolgen und, weil diese nicht indiziert sind, umfassend sein⁹⁰⁷. Bei Heilversuchen kann sie aus therapeutischen Gründen eingeschränkt sein⁹⁰⁸, was aber im Versuchsprotokoll zu vermerken ist und die seltene Ausnahme sein dürfte.

Bestimmte Personengruppen bedürfen besonderen Schutzes, weil entweder die Freiwilligkeit ihrer Zustimmung zweifelhaft sein kann oder weil sie nicht (voll) geschäftsfähig sind oder weil Versuche an ihnen besondere Gefahren für die

⁹⁰⁰ RDH Nr. I. 4.; Frankreich: a.a.O.; Deutschland: § 40 I Nr. 1 AMG; Schweiz: a.a.O. Nr. 4. In Österreich wird Geringfügigkeit der Nachteile und überwiegendes Interesse am Fortschritt der medizinischen Wissenschaft verlangt; vgl. *Steiner*, in *Medical Responsibility*, S. 64 Rn. A 164.

⁹⁰¹ Frankreich: Art. L. 209-14; Schweiz, SAMW-Richtlinie, Andere Forschungsvoraussetzungen Nr. 5b; England: *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 1037, 1060 f.; Österreich: *Steiner*, in *Medical Responsibility*, S. 64 Rn. A 124; Griechenland: *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 355 Rn. GR 187; Italien: *Busnelli/Zana*, in *Medical Responsibility*, S. 410 Rn. I 125.

⁹⁰² RDH I. 3.; Frankreich: Art. L. 209-3 C.sant.; Deutschland: § 40 I Nr. 4 AMG; Schweiz: SAMW-Richtlinie, Gemeins. Bestimmungen Nr. 2.

⁹⁰³ RDH I. 9.; Frankreich: Art. L. 209-9 C.sant.; Deutschland: § 40 I Nr. 2 AMG; Schweiz: a.a.O. Nr. 8; Österreich: siehe *Steiner*, in *Medical Responsibility*, S. 64 Rn. A 124; Italien: *Busnelli/Zana*, in *Medical Responsibility*, S. 410 Rn. I 122; Griechenland: *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 355 Rn. GR 187; England: *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 1044 ff.; Spanien: Art. 60.4 Ley del Medicamento.

⁹⁰⁴ RDH I. 9.

⁹⁰⁵ SAMW-Richtlinie, Andere Forschungsuntersuchungen Nr. 4.

⁹⁰⁶ Ebenso das Medizinproduktegesetz von 1994 in § 17 II Nr. 2 bzw. § 18 Nr. 4.

⁹⁰⁷ *Laufs*, *Arztrecht*⁵, Rn. 679; *Fischer*, *Medizinische Versuche* S. 11 ff.; für Frankreich: siehe *Penneau*, in *Fischer/Lilie aaO.*, S. 256, sowie Art. L. 209-9 C.sant.; England: *Kennedy* in *Medical Responsibility*, S. 144 Rn. GB 83; *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 1045 ff.; Norwegen: *Lødstrup*, in *Medical Responsibility*, S. 498 Rn. 108; Österreich: *Steiner*, in *Medical Responsibility*, S. 64 Rn. A 124.

⁹⁰⁸ RDH II. 5.; Frankreich: Art. L. 209-9 Abs. 3 C. sant.; Deutschland: § 41 Nr. 7 AMG; Schweiz: SAMW-Richtlinie, Forschungsuntersuchungen im Interesse der zu untersuchenden Person Nr. 1.

Nachkommenschaft mit sich bringen⁹⁰⁹. Dem tragen die genannten Regelungen in unterschiedlicher Intensität Rechnung. Soweit es die Freiwilligkeit betrifft, betont die Schweizerische Richtlinie deren Notwendigkeit und verlangt Respekt vor dem Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit besonders bei abhängigen Personen⁹¹⁰, während die revidierte Deklaration von Helsinki bei möglichem Druck besondere Vorsicht des Arztes verlangt und als Probanden für wissenschaftliche Versuche nur gesunde Patienten oder Patienten mit versuchsfremden Krankheiten empfiehlt⁹¹¹. In Deutschland verbieten dagegen § 40 I Nr. 3 AMG, § 17 I Nr. 3 MPG und § 41 II SSVO Versuche an Strafgefangenen und anderen auf gerichtliche oder behördliche Anordnung verwahrten Personen vollständig⁹¹², während diese Personen in Frankreich nach Art. L. 209-5 C. sant. nur bei direktem und größerem Vorteil für ihre Gesundheit zu solchen Versuchen aufgefördert werden dürfen.

An minderjährigen und geschäftsunfähigen Personen sind Heilveruche zwar mit Zustimmung der gesetzlichen Vertreter, bei Urteilsfähigkeit daneben auch der Versuchspersonen selbst, zulässig. Bei wissenschaftlichen Versuchen herrscht jedoch mit Recht große Zurückhaltung. Das deutsche Recht erscheint hier wieder als am strengsten, lassen doch weder § 40 AMG noch § 41 SSVO noch § 17 MPG solche Versuche zu⁹¹³, eine Position, die inzwischen auch Art. 10 Abs. 4 des portugiesischen Gesetzes über klinische Versuche DL 97/94 vom 9.4.1997 teilt.⁹¹⁴ In Frankreich, den Niederlanden und Spanien werden auch wissenschaftliche Versuche an minderjährigen und betreuten Personen zugelassen, soweit sie kein ernsthaftes Gesundheitsrisiko mit sich bringen, für die entsprechende Personengruppe bzw. Krankheit nützlich sind und nur bei dieser erprobt werden können⁹¹⁵. In die gleiche Richtung gehen die schweizerische Richtlinie⁹¹⁶ und ähnliche berufsständische Richtlinien in England⁹¹⁷. Die revidierte Deklaration von Helsinki verlangte dagegen in ihren allgemeinen Grundsätzen die Einwilligung des nach nationalem Recht zuständigen gesetzlichen Vertreters, ohne zwischen Heil- und wissenschaftlichen

⁹⁰⁹ Fischer, Medizinische Versuche, S. 28 ff.

⁹¹⁰ SAMW-Richtlinie, Andere Forschungsuntersuchungen Nr. 2 b, 5 a.

⁹¹¹ RDH I. 10., III. 2, Nach der Neufassung 2000 von Edinburgh muß bei Abhängigkeit oder möglichem Druck die Einwilligung durch einen gutunterrichteten Arzt eingeholt werden, der mit diesem Forschungsvorhaben nicht befaßt ist und der keine Beziehung zu den Personen hat, die in diesem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen.

⁹¹² Ebenso offenbar Italien; vgl. Busnelli/Zana, in: Medical Responsibility, S. 410 Rn. I 124.

⁹¹³ Dazu daß auch § 40 Abs. 4 AMG nicht für wissenschaftliche Versuche gilt, siehe Fischer, Medizinische Versuche S. 35 f.

⁹¹⁴ S. dazu und zur Kritik *Sinde Monteiro/Dias Pereira*, in: Taupitz, Dokumente, S. 860 f. Rn. P 64.

⁹¹⁵ Frankreich: Art. L. 209-6 C. sant.; Spanien: Real Decreto 561/1993, Art. 11.3; Niederlande: Wet Medisch Wetenschapelijk Onderzoek met Mensen von 1998, s. dazu *Markenstein*, in: Taupitz, Dokumente, S. 750, Rn. NL 35 f.

⁹¹⁶ SAMW-Richtlinie, Andere Forschungsuntersuchungen Nr. 3 S. 3.

⁹¹⁷ Siehe *Kennedy/Grubb*, Medical Law², S. 1065.

Versuchen zu unterscheiden⁹¹⁸. Die im Oktober 2000 in Edinburgh, Schottland, verabschiedete völlige Neufassung hat daran in der Sache nichts geändert. Denn auch dort schreiben die allgemeinen Grundsätze (unter Nr. 24) für jede Art medizinische Forschung vor, daß bei nicht voll geschäftsfähigen Versuchspersonen "die Einwilligung nach Aufklärung vom gesetzlichen Vertreter entsprechend dem geltenden Recht eingeholt werden muß". Allerdings finden sich zusätzliche Einschränkungen: Entsprechende "Personengruppen sollten nicht in die Forschung einbezogen werden, es sei denn, die Forschung ist für die Förderung der Gesundheit der Population, der sie angehören, erforderlich und kann nicht mit voll geschäftsfähigen Personen durchgeführt werden." Soweit die nicht vollgeschäftsfähige Person selbst die Zustimmung zur Mitwirkung erteilen kann, muß neben der des gesetzlichen Vertreters auch ihre eigene eingeholt werden (Nr. 25). Die Deklaration geht sogar noch einen Schritt weiter und will die Forschung mit Prüfung und Genehmigung der Ethik-Kommission sogar ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erlauben, wenn diese oder eine vorherige Einwilligung der Versuchsperson nicht eingeholt werden kann und der physische/geistige Zustand, der die Einwilligung nach Aufklärung verhindert, ein notwendiger charakteristischer Faktor für die Forschungspopulation ist. Letzteres geht nicht nur wesentlich über das geltende deutsche Recht, sondern auch über die oben bereits dargelegten⁹¹⁹ Regeln der Bioethikkonvention des Europarates hinaus. Ebenso wenig hat sie deren Beschränkung auf minimale Belastungen und Risiken aufgenommen. Letztere fehlt auch in der am 12. und 14. Dezember 2000 verabschiedeten Richtlinie des Europäischen Parlamentes und Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung der guten klinischen Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen mit Humanarzneimitteln. Deren ursprüngliche Fassung setzte in Art. 1 j bei einwilligungsunfähigen Personen die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter oder gesetzlich vorgesehener Behörden mit der eigenen Einwilligung nach Aufklärung gleich. In Änderungsvorschlägen sollte der besondere Schutz dieser Personen den nationalen Gesetzgebern überlassen werden.⁹²⁰ Auch nach der jetzigen endgültigen Fassung bleibt es gemäß Erwägung 3 Aufgabe der Mitgliedsstaaten, Regeln zum besonderen Schutz Einwilligungsunfähiger festzulegen. Sie dürfen nicht in klinische

⁹¹⁸

RDH I. 11.; vgl. für Italien auch *Busnelli/Zana*, *Medical Responsibility* S. 410 Rn. I 124 (für die Toskana).

⁹¹⁹

S. o. unter A. IV. 2.

⁹²⁰

Entwurf einer Empfehlung für die zweite Lesung vom 13.10.2000 – PE 293.678/22-62

Studien einbezogen werden, wenn dieselben Ergebnisse mit einwilligungsfähigen Personen erzielt werden können. In der Regel sollten Einwilligungsunfähige nur in klinische Versuche einbezogen werden, wenn die Anwendung des Arzneimittels einen unmittelbaren, die Risiken übersteigenden Vorteil für den Patienten erwarten läßt. Nach diesem Absatz 2 der Erwägung 3 wären also grundsätzlich bei dieser Personengruppe nur Heilversuche zulässig. In Absatz 3 wird dann allerdings betont, daß ein Bedürfnis für klinische Studien an Kindern besteht, um ihre Behandlungsmöglichkeiten zu verbessern und daß Arzneimittel für Kinder wegen der im Vergleich zu Erwachsenen bestehenden Unterschiede vor der allgemeinen Anwendung wissenschaftlich getestet werden müssen, wobei den Versuchspersonen allerdings der bestmögliche Schutz bei der Durchführung gesichert werden muß. Deshalb bedarf es der Festlegung von Kriterien für den Schutz von Kindern bei klinischen Versuchen. Bei anderen einwilligungsunfähigen Personen wie z. B. dementen oder psychiatrischen Patienten sollen nach der Erwägung Versuche noch stärker beschränkt werden, und zwar auf solche, bei denen der direkte Vorteil für den Patienten das Risiko übersteigt, d. h. daß bei ihnen nur Heilversuche zulässig sein sollen. Dem entsprechen dann auch die Einzelregelungen der Richtlinie, die sich in den Entwürfen⁹²¹ in Art. 3 a (für Minderjährige) und in Art. 3 b (für andere Einwilligungsunfähige) finden. Auf der Einwilligungsseite soll der Schutz zum einen durch die – jederzeit widerrufliche - Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gesichert werden, die dem mutmaßlichen Willen des Minderjährigen entsprechen soll. Zum andern soll der Minderjährige von pädagogisch erfahrenem Personal eine seiner Verständnisfähigkeit entsprechende Aufklärung über die Prüfung, die Risiken und die Vorteile erhalten, und eine von entsprechendem Verständnis getragene Teilnahmeverweigerung des Minderjährigen soll vom Prüfer berücksichtigt werden. Wo der eigene Nutzen für das Kind fehlt, soll dieser dadurch kompensiert werden, daß die Forschung mit einem direkten Nutzen für die Patientengruppe verbunden ist und daß derartige Forschungen für die Bestätigung von Daten unbedingt erforderlich ist, die bei klinischen Prüfungen an Einwilligungsfähigen oder mittels anderer Forschungsmethoden gewonnen worden sind. Außerdem muß sich die Forschung direkt auf einen klinischen Zustand beziehen, unter dem der betroffene Minderjährige leidet, oder ihrem Wesen nach nur an Minderjährigen durchgeführt werden können.

⁹²¹

Die offizielle Verkündung der Richtlinie stand bei Abschluß des Gutachtens im April 2001 noch aus. Grundlage der obigen Ausführungen sind die Entwurfsempfehlung vom 26. 9. 2000 und die vom Parlament wie vom Rat im Dezember akzeptierten Kompromißvorschläge.

Die zweite Alternative widerspricht meines Erachtens dem Schutzzweck der ersten, eröffnet sie doch die Möglichkeit krankheitsunspezifischer Versuche. Was die Versuchsrisiken betrifft, so müssen die Versuche so gestaltet sein, daß Schmerzen, Belastungen und andere vorhersehbare Risiken im Vergleich zur Krankheit und zum Stadium der Entwicklung möglichst gering gehalten werden. Sowohl die Risikogrenze als auch der Belastungsgrad müssen speziell definiert und ständig überwacht werden. Diese Regelung ist insofern weniger streng als die der Bioethik-Konvention, als nicht nur Minimalrisiken zugelassen werden, sondern der Grad des erlaubten Risikos von der Krankheit abhängt, also bei schweren Krankheiten auch höher sein kann. Bei Arzneimittelversuchen an anderen nicht einwilligungsfähigen Personen als Kindern ist die neue EU-Richtlinie dagegen strikter, verlangt sie doch hier die begründete Erwartung, daß die Verabreichung des Prüfpräparates für den betroffenen Patienten einen Nutzen hat, der die Risiken übersteigt oder keinerlei Risiken mit sich bringt. Für diese Personengruppe sollen also offenbar nur Heilversuche zugelassen werden.

Bei Versuchen an schwangeren und stillenden Müttern bestehen besondere Gefahren für die Nachkommenschaft. Deshalb sind Versuche an ihnen mit Röntgenstrahlen oder radioaktiven Stoffen durch §§ 27 RöntgVO, 41 III StrahlenschutzVO ausdrücklich untersagt, eine Wertung, die sich auf andere wissenschaftliche Versuche übertragen läßt⁹²². In Italien enthält ein Regionalgesetz für die Toskana die gleiche Beschränkung, soweit es nicht um die Behandlung pathologischer Schwangerschaftszustände geht⁹²³. Auch in Frankreich und Spanien sind wissenschaftliche Versuche an schwangeren, gebärenden oder stillenden Frauen unzulässig, sofern sie nicht risikolos sind und der Erforschung von Fragen dienen, die mit der Schwangerschaft, der Geburt oder dem Stillen verbunden sind⁹²⁴. Das französische Recht versucht schließlich einen Schutz sozial schwacher Personen dadurch zu gewährleisten, daß es für alle biomedizinischen Versuche nur Aufwandsentschädigungen zuläßt, aber keine darüber hinausgehenden direkten oder indirekten finanziellen Gegenleistungen⁹²⁵. Eine entsprechende Regelung findet sich jetzt für Versuche an Kindern in der im Dezember 2000 verabschiedeten EU-Richtlinie für die klinische Prüfung von Humanarzneimitteln. Ebenso verbietet das spanische Recht eine Entschädigungshöhe, die die Probanden aus

⁹²² Fischer, Medizinische Versuche, S. 40 f. m.w.Nachw.

⁹²³ Busnelli/Zana, in Medical Responsibility, S. 410 Rn. 1 124.

⁹²⁴ Frankreich: Art. L. 209-4 C.sant.; Spanien: Real Decreto 561/1993, Art. 11.4.

anderen als wissenschaftlichen Gründen zur Experimentteilnahme bewegt⁹²⁶. In Frankreich darf sich außerdem eine Person nicht an mehreren wissenschaftlichen Untersuchungen gleichzeitig beteiligen, und das der Ethikkommission vorzulegende Versuchsprotokoll muß eine Karenzfrist für die Beteiligung an späteren derartigen Versuchen vorsehen⁹²⁷. Um die Einhaltung zu sichern, ist durch Dekret von 1990 die Einrichtung eines nationalen Probandenregisters angeordnet worden⁹²⁸.

Der Abschluß einer Versicherung zugunsten von Versuchspersonen auch für unverschuldete Schädigungen ist in Deutschland bisher nur für – therapeutische wie nichttherapeutische – klinische Prüfungen von Arzneimitteln und Medizinprodukten vorgeschrieben⁹²⁹. und auch in Spanien beschränkt sich die Versicherungspflicht offenbar auf diesen Bereich⁹³⁰. In Frankreich ist der Abschluß einer solchen Versicherung dagegen für alle Versuche obligatorisch⁹³¹. Gleiches wird schließlich auch von der Richtlinie der Schweizer Akademie der medizinischen Wissenschaften verlangt⁹³².

3. Genehmigungs- und Kontrollverfahren

Schon die revidierte Deklaration von Helsinki fordert, daß die Planung und Durchführung eines Versuchs eindeutig in einem Versuchsprotokoll niedergelegt wird und daß dieses Protokoll einem unabhängigen Ausschuß zur Beratung, Stellungnahme und Orientierung vorgelegt wird. Die Neufassung des Jahres 2000 von Edinburgh hat diese Regelung noch erweitert. Nach Art. 13 der Allgemeinen Grundsätze muß die Kommission unabhängig vom Forschungsteam, vom Sponsor und von anderen unangemessenen Einflußfaktoren sein. "Sie" hat das Recht, laufende Versuche zu überwachen. Der Forscher hat die Pflicht, die Kommission über den Versuchsablauf zu informieren, insbesondere über alle während des Versuchsablaufs eintretenden ernsten Zwischenfälle. Der Forscher hat der Kommission außerdem zur Prüfung Informationen über Finanzierung, Sponsoren, institutionelle Verbindung, potentielle Interessenkonflikte und Anreize für die

⁹²⁵ Art. L. 209-8 C. sant.

⁹²⁶ Real Decreto 561/1993, Art. 11.5.

⁹²⁷ Art. L. 209-17 C. sant.

⁹²⁸ Art. R. 2039 ff.

⁹²⁹ § 40 I Nr. 8 AMG, der nach § 41 AMG auch für Heilversuche gilt; ebenso § 17 I Nr. 9, § 18 MPG.

⁹³⁰ Art. 62 Ley del Medicamento.

⁹³¹ Art. L. 209-7 Abs. 3 C. sant.

⁹³² SAMW-Richtlinie, Gemeins. Bestimmungen Nr. 6.

Versuchsperson vorzulegen. In Deutschland hat das Kommissionserfordernis 1985 Eingang in die Musterberufsordnung der Ärzte gefunden und ist ab 1988 in die Berufsordnungen der Ärztekammern übernommen worden. Inzwischen verlangen § 40 I AMG für Arzneimittelversuche und § 17 V, VI MPG die Bewertung durch eine Ethikkommission und deren Vorlage bei der zuständigen Bundesoberbehörde. Ohne zustimmende Bewertung darf erst mit der klinischen Prüfung begonnen werden, wenn diese Behörde nicht binnen 60 Tagen widersprochen hat.

In Frankreich hat bereits das Gesetz von 1988 eine entsprechende Regelung für alle biomedizinischen Versuche getroffen. Auch dort ist die Begutachtung durch Ethikkommissionen, und zwar auf regionaler Ebene, vorgeschrieben, ebenso die Vorlage beim Gesundheitsministerium und die Karenzfrist von 2 Monaten bei ablehnender Begutachtung. Im übrigen kann dieses Ministerium bei Gefahr für die öffentliche Gesundheit oder Mißachtung der gesetzlichen Versuchsregelungen die Versuche jederzeit suspendieren oder verbieten⁹³³.

In Spanien verlangt Art. 64 des Arzneimittelgesetzes von 1990 die Information der amtlich bestätigten Ethikkommission, die ihrerseits das Gesundheitsministerium unterrichtet. Die Durchführung der Versuche bedarf nach Art. 65 der Genehmigung der Gesundheitsbehörden, die auch Unterbrechungen anordnen können⁹³⁴.

In England hat das Gesundheitsministerium 1991 Richtlinien für Lokale Ethikkommissionen (Local Research Ethics Committees = LREs) erlassen. Diese sind im Rahmen des National Health Services durch die regionalen Organe zu errichten. Ohne Billigung der Ethikkommissionen sollen im nationalen Gesundheitsdienst keine Versuche vorgenommen werden⁹³⁵.

4. Haftung

In Deutschland wird eine verschuldensunabhängige Haftung bei Arzneimittelversuchen durch den von § 40 I Nr. 8 AMG vorgeschriebenen Versicherungsschutz sichergestellt und das gleiche gilt nach § 17 I Nr. 9 MPG für Versuche mit Medizinprodukten. Ähnlich ist die Rechtslage in Spanien aufgrund von Art. 62 Ley del Medicamento. Bei anderen Versuchen gelten derzeit nur die normalen

⁹³³ Art. L. 209-11, 12 C. sant.

zivilrechtlichen Haftungsregeln, die ein Verschulden voraussetzen.

Frankreich hat dagegen mit dem Gesetz von 1988 eine Haftung ohne Verschulden für wissenschaftliche Versuche eingeführt⁹³⁶, für Heilversuche eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr, d.h. der Veranstalter des Versuchs muß mangelndes Verschulden nachweisen⁹³⁷. Ebenso soll in Griechenland eine Haftung ohne Verschulden bestehen; denn der Arzt haftet für Schädigungen selbst bei Einhaltung der ärztlichen Kunstregeln⁹³⁸.

In England hat die Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury bereits 1978 eine verschuldensunabhängige Haftung (strict liability) für wissenschaftliche Versuche vorgeschlagen. Ebenso haben das Royal College of Physicians sowie die Association of the British Pharmaceutical Industry Vorschläge für entsprechende Entschädigungsvereinbarungen unterbreitet. Schließlich bezieht sich auch die Richtlinie des Gesundheitsministeriums über die Ethikkommissionen auf derartige Entschädigungsvereinbarungen. Zu verbindlichen Regelungen wie in Deutschland und Frankreich ist es freilich bisher nicht gekommen⁹³⁹. Es wird jedoch als Aufgabe der Ethikkommissionen angesehen, bei der Begutachtung der Versuchsanträge dafür zu sorgen, daß den Versuchspersonen vom Initiator des Versuchs eine verschuldensabhängige Entschädigung zugesagt wird, und dies gehört offenbar auch zur gängigen Praxis⁹⁴⁰.

C. Handlungsperspektiven

I. Selbstbestimmungsrecht: Einwilligung und Aufklärung

1. Einwilligungsprobleme

⁹³⁴ Einzelheiten des Verfahrens und der Zusammensetzung der Ethikkommissionen, denen stets ein Jurist angehören muß, sind im Real Decreto 561/1993 geregelt.

⁹³⁵ *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 1032 ff.

⁹³⁶ Art. L. 209-7 Abs. 1 C. sant.

⁹³⁷ Art. L. 209-7 Abs. 2 C. sant.

⁹³⁸ *Fotakis*, in *Medical Responsibility*, S. 354 Rn. GR 186.

⁹³⁹ Siehe dazu *Kennedy/Grubb*, *Medical Law*², S. 1067 ff.

⁹⁴⁰ *Barton/Mc Millan/Sawyer*, *Journal of medical ethics* 1995 (21), 166 ff.

a) Daß die Einwilligungsfähigkeit nicht Geschäfts-, sondern natürliche Einsichtsfähigkeit voraussetzt, entspricht ganz herrschender Auffassung und bedarf daher keiner gesetzlichen Regelung. Fraglich ist dies auch für die Kriterien der Einsichtsfähigkeit. Der 63. Deutsche Juristentag (2000) hat deren gesetzliche Regelung bei Volljährigen abgelehnt, bei Minderjährigen befürwortet.⁹⁴¹ Die Festlegung einer alterstypischen Einsichtsfähigkeit, etwa die normalen 14jährigen,⁹⁴² ist aber problematisch, weil sie schwer zu ermitteln ist und der großen Bandbreite unterschiedlicher Eingriffe nicht Rechnung trägt.

b) Notwendig sind dagegen Regelungen, die wenigsten für bestimmte Bereiche klarstellen, wann der Wille des einsichtsfähigen Minderjährigen allein maßgeblich ist und wann auch die Eltern zustimmen müssen. Einer dieser Bereiche ist der Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen. Bei diesen sollte für die Fortführung der Behandlung eine Patientenverfügung oder der mutmaßliche Wille des Einsichtsfähigen allein maßgeblich sein, für den Abbruch aber auch die Zustimmung der Eltern. Ähnliches sollte für den Schwangerschaftsabbruch festgelegt werden, daß also ein Abbruch nur aufgrund der Einwilligung des einsichtsfähigen Minderjährigen und seiner sorgeberechtigten Eltern zulässig ist, wobei allerdings eine Ersetzung der Elterneinwilligung zum Wohle des Kindes wie in § 1606 c II 2 BGB vorgesehen werden sollte. Eine solche Regelung gibt im Konfliktfall der Erhaltung des Lebens bzw. der Schwangerschaft den Vorzug. Deshalb ist es dann auch vertretbar, im Interesse der Rechtssicherheit eine Altersgrenze für die Einsichtsfähigkeit festzulegen und zwar in der Form, daß für diese Entscheidungen die Einsichtsfähigkeit als Vollendung des 14. Lebensjahres vermutet wird.

c) Für die Zustimmung des Betreuers zum Behandlungsabbruch bei einem einwilligungsunfähigen Patienten sollte festgelegt werden, daß sie der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht entsprechend § 1904 BGB bedarf.⁹⁴³

d) Gesetzlich geregelt werden sollten die Patientenverfügung und die Bestellung eines Gesundheitsbevollmächtigten. Für beide ist Schriftform vorzuschreiben.⁹⁴⁴ Was die notwendige Urteilsfähigkeit angeht, kann man für die Patientenverfügung unter

⁹⁴¹ Besch. 63. DJT A. II. 1. 2, VIII 2.

⁹⁴² Dafür *Taupitz*, Gutachten zum 63. DJT (2000), A. 60 F., 126.

⁹⁴³ Dafür auch Beschlüsse 63. DJT (2000), A. VI. 1. 1 b.

den o.g. Kautelen Einsichtsfähigkeit genügen lassen.⁹⁴⁵ Dagegen ist für die Bestellung des Gesundheitsbevollmächtigten, gerade weil der Betroffene noch keine Behandlungsentscheidung trifft, wie bei allen nicht rein vorteilhaften Vertretergeschäften⁹⁴⁶, Geschäftsfähigkeit erforderlich.⁹⁴⁷ Die Aufklärung durch einen Arzt oder Beratung ist als Sollvorschrift empfehlenswert, nicht aber als Wirksamkeitsvoraussetzung.⁹⁴⁸ Damit die formgerecht errichtete Patientenverfügung in der Praxis nicht zu einem bloßen Indiz für die vermutete Einwilligung herabgestuft wird, sollte die gesetzliche Regelung festlegen, daß die Verfügung Arzt, Betreuer und Gesundheitsbevollmächtigten bindet⁹⁴⁹, solange sie nicht widerrufen ist⁹⁵⁰ oder sich ganz wesentliche ihrer Erteilung zugrundeliegende Umstände geändert haben. Ersteres entspricht den Beschlüssen des 63. Deutschen Juristentages. Letzteres erscheint mir erforderlich, wenn man keine zeitliche Begrenzung vornimmt, um bei erkennbar situationsgebundenen Verfügungen die Bindung nicht zu starr werden lassen. Als materielles Entscheidungskriterium für Betreuer und Gesundheitsbevollmächtigten sind primär die Wünsche und Vorstellungen des Patienten vorzusehen, erst an zweiter Stelle das objektive Interesse.⁹⁵¹ Dies würde zugleich die schon jetzt nach h.M. bei der mutmaßlichen Einwilligung geltenden Kriterien bestätigen.

2. Aufklärung

Einer gesetzlichen Regelung der Aufklärung bedarf es nicht. Das deutsche Recht ist insoweit patientenfreundlicher als die meisten ausländischen Rechte und auch weitaus besser ausdifferenziert. Eine gesetzliche Festlegung liefe Gefahr, das bisher bestehende bewegliche System verschiedenartiger Voraussetzungen nicht angemessen wiederzugeben und damit die Flexibilität zu gefährden, ohne gleichzeitig wirklich mehr Rechtssicherheit zu schaffen.

a) *Francke/Hart* haben in ihren Rechtsgutachten zur Vorbereitung einer Charta der

⁹⁴⁴ Ebenso Beschlüsse 63. DJT (2000) A. III. 2. 2, IV. 2.

⁹⁴⁵ So Beschlüsse 63. DJT (2000) A. III. 2. 1.

⁹⁴⁶ MünchKomm-Schramm³, § 167 Rn. 8.

⁹⁴⁷ Dafür auch Beschlüsse 63. DJT (2000), A. IV. 2. 1.

⁹⁴⁸ Beschlüsse 63. DJT (2000), A. III. 2. 3, IV. 2. 3.

⁹⁴⁹ aaO. A. III. 3.

⁹⁵⁰ aaO. A. IV. 4, IV. 3.

Patientenrechte vorgeschlagen, den Arzt zur Aufklärung über sämtliche Behandlungsalternativen zu verpflichten.⁹⁵² Dies soll über die Rechtsprechung hinausgehen, die die Aufklärung nur bei "sog. echten Alternativen und bei unterschiedlichen Risiken der Behandlungen, bei unterschiedlichen Risikogruppen oder im Falle konservativer gegenüber invasiven Behandlungsmethoden" verlange. Der Vorschlag richtet sich vor allem gegen die Elektrokoagulationsentscheidung des BGH⁹⁵³, die insoweit auch hier kritisiert worden ist.⁹⁵⁴ Bei aufschiebbaren Behandlungen ist in der Tat zu fordern, daß der Patient über konkret bevorstehende Modernisierungen zu informieren ist, wenn diese seine Belastungen oder Risiken vermindern, selbst wenn diese Verminderung im Promillebereich liegt. Jedoch ist es nicht Aufgabe des Gesetzgebers, solche Einzelentwicklungen zu korrigieren, und die Forderung, über alle Behandlungsalternativen aufzuklären, würde zu einer viel zu pauschalen Lösung führen. Insbesondere bestände die Gefahr, daß über die Aufklärungspflicht die jeweils neueste Ausstattung einzelner Krankenhäuser wie z.B. von Universitäts- und Spezialkliniken mittelbar doch zum Behandlungsstandard für alle würde. Das vermeidet die flexiblere Formel der Rechtsprechung.

b) Der weitere Vorschlag, dem Arzt bei unzureichender Aufklärung den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens vollständig abzuschneiden⁹⁵⁵, verdient ebensowenig Zustimmung. Der Patient verdient nur dann Schutz, wenn er bei ordnungsgemäßer Einwilligung nicht in den Eingriff eingewilligt hätte. Der Beweis für diese hypothetische Entscheidung ist natürlich schwer zu führen. Da der Arzt mit der fehlerhaften Aufklärung diese Schwierigkeit geschaffen hat, wird ihm zu Recht im Grundsatz die Beweislast auferlegt. Ihm den Einwand ganz abzuschneiden, würde eine ungerechtfertigte Bevorzugung des Patienten bedeuten. Ebenso würde es an einer gerechten Interessenabwägung fehlen, wenn der Arzt den vollen Beweis für die hypothetische Einwilligung auch dann erbringen müßte, wenn die gegenteilige Behauptung des Patienten völlig unplausibel erscheint. Dem trägt die neuere Rechtsprechung ausgesprochen ausgewogen Rechnung, wenn sie vom Patienten nicht mehr verlangt als die Darlegung eines echten Entscheidungskonflikts. Diese Beweisverteilung bedeutet auch im internationalen Vergleich einen deutlichen

⁹⁵¹ aaO. A. IV. 4.

⁹⁵² *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, 1999, S. 228.

⁹⁵³ BGH VersR 1988, 179.

⁹⁵⁴ s.o. A II 4.

⁹⁵⁵ *Francke/Hart*, aaO.; S. 229.

Fortschritt. Die Nichtbeachtung des rechtmäßigen Alternativverhaltens würde nur einen weiteren Schritt auf dem problematischen Weg bedeuten, die Aufklärungspflichtverletzung zum Auffangbecken für nicht bewiesene Behandlungsfehler zu machen.

II. Verbesserung der Haftung

1. Haftungersetzung durch Versicherungsschutz

Nicht zu empfehlen ist die vollständige Ablösung der Verschuldenshaftung durch eine Versicherungslösung⁹⁵⁶. Die Verschuldenshaftung ist die Basis aller europäischen Arzthaftungsrechte. Sie ist auch in den skandinavischen Rechten durch die dort eingeführten Patientenschadensversicherungen⁹⁵⁷ nicht vollständig verdrängt worden, auch wenn sie in der Praxis keine große Rolle mehr spielen soll⁹⁵⁸. Das neuseeländische Modell geht hier zwar weiter, schließt aber eine deliktische Haftung nur für Behandlungsunfälle aus, zu denen die durch unterlassene Behandlung oder Aufklärung verursachten Schäden nicht gehören. Insoweit bleibt es bei der Verschuldenshaftung⁹⁵⁹. Dieses Modell ist zudem wegen seiner Einbettung in eine allgemeine öffentlich-rechtliche Volksunfallversicherung schwer übertragbar und hat sich offenbar auch in Neuseeland selbst nicht auf Dauer bewährt⁹⁶⁰. Vor allem aber würde eine Abschaffung der Verschuldenshaftung in diametralem Gegensatz zum dem Ziel stehen, die Qualität ärztlichen Handelns zu verbessern oder zu erhalten. Denn die beim Sorgfaltsverstoß ansetzende Schadensersatzsanktion dürfte nach wie vor ein sehr wirksamer Garant für die Einhaltung von Sorgfaltspflichten⁹⁶¹ und unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten regelmäßig auch angemessener als eine Bestrafung sein. Weil das Verschuldensprinzip in den meisten europäischen Arztrechten dominiert, würde ein Lösungsvorschlag, der die individuelle zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes aufhebt, zudem kaum die Chance allgemeiner internationaler Akzeptanz haben.

2. Haftungsergänzung durch Versicherungsschutz

Anders steht es, wenn man neben die Verschuldenshaftung eine Schadensversicherung treten läßt, die den Patienten eine verschuldensunabhängige

⁹⁵⁶ Ebenso *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴, Rn. 215; *Stark*, *VersR* 1981, 1, 3 ff.; aus österreichischer Sicht: *Koziol*, *RdM* 1994, 3, 5 f.

⁹⁵⁷ S. zu diesen *Fischer*, in *Fischer / Lilie*, aaO. § 5 II 2, S. 68 ff.

⁹⁵⁸ *Pichler*, *Internationale Entwicklungen*, S. 714; *Deutsch*, *VersR* 1994, 381.

⁹⁵⁹ *Deutsch*, *VersR* 1994, 381, 383.

⁹⁶⁰ *Thumann*, *Reform der Arzthaftung in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 2000, S. 249 f.

Grundentschädigung bietet⁹⁶². Dem deutschen Recht ist eine solche Zweispurigkeit in Bereichen, in denen eine Gefährdungshaftung besteht, durchaus vertraut. Im europäischen Zivilrecht findet sie sich im Produkthaftungsrecht, und die Patientenversicherungen der skandinavischen Rechte lassen die deliktische Verschuldenshaftung theoretisch ebenfalls unberührt. In der Bundesrepublik Deutschland wurde allerdings der soziale Bedarf für eine zusätzliche Versicherung mit Blick auf den breiten Sozialversicherungsschutz zum Teil als gering veranschlagt⁹⁶³. Dieser Einwand vermag jedoch insofern nicht zu überzeugen, als in der Literatur durchaus Schutzlücken, insbesondere bei langfristigen Verdienstausfällen, aufgezeigt werden, deren Schließung notwendig erscheint⁹⁶⁴. Obwohl über diese Frage seit Jahren diskutiert wird, fehlen empirische Untersuchungen, die den tatsächlichen Bedarf einer Patientenversicherung konkretisieren⁹⁶⁵. Erst wenn dieser geklärt ist, läßt sich auch die weitere für eine Realisierung wesentliche Frage beantworten, welche zusätzlichen Kosten ein Versicherungssystem verursacht und ob sie wirtschaftlich tragbar sind⁹⁶⁶.

Eine wirkliche Ergänzung des Haftungssystems stellt die Versicherungslösung nur dar, wenn sie auf der einen Seite die Entschädigungsvoraussetzungen bzw. ihren Nachweis gegenüber der Verschuldenshaftung vereinfacht, auf der anderen Seite die zu ersetzenden Schäden begrenzt. Beides ist schwierig.

a) Entschädigungsvoraussetzungen

Was die Voraussetzungen angeht, liegt es nahe, wie in den skandinavischen Ländern und Neuseeland den Behandlungsunfall zum Entschädigungsgrund zu machen. Das Problem liegt in seiner Definition⁹⁶⁷. Macht man ihn davon abhängig, daß ärztliches Fehlverhalten und dessen Kausalität für den Gesundheitsschaden mit Sicherheit vorliegt, gelangt man nicht über die Verschuldenshaftung hinaus⁹⁶⁸. Andererseits darf es keinen Ersatz für natürliche, und seien es auch seltene und

⁹⁶¹ Ebenso *Koziol*, RdM 1994, 3, 5 f.; *Stark*, VersR 1981, 1, 3 f.; vgl. auch dazu allgemein *Kötz/Schäfer*, AcP 189 (1989), 501 ff.

⁹⁶² Befürwortend u.a. *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 215; *Dinslage*, VersR 1981, 310.

⁹⁶³ Vgl. *Klingmüller*, VersR 1980, 694, 696; *Deutsch*, aaO.

⁹⁶⁴ Vgl. dazu *Baumann*, JZ 1983, 167, 169 f.

⁸⁸⁶ *Thumann* (Fn. 882), S. 246.

⁸⁸⁷ Dieses Erfordernis betont zurecht die Entschließung der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht, MedR 1996, 349 unter 7.

⁹⁶⁷ Vgl. dazu ausführlich schon *Weyers*, Gutachten A zum 52. DJT (1978), S. 98-101.

⁹⁶⁸ Vgl. beispielsweise die Analyse von *Deutsch* zu der 1992 in Neuseeland eingeführten Entschädigungsvoraussetzung »medical error« in VersR 1994, 381 (382 f.) unter dem Titel »Die Wiederkehr der Fahrlässigkeit«.

schwere Krankheitsfolgen, geben, die bei Anwendung standardgemäßer ärztlicher Sorgfalt nicht vermeidbar waren. Diesen Konflikt lösen die skandinavischen Rechte dadurch, daß sie letztlich die Beweisanforderungen an den Geschädigten herabsetzen. Für die Ersatzfähigkeit des Schadens genügt es, daß er zwar nicht mit an Sicherheit grenzender, wohl aber mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Folge ärztlichen Handelns oder Unterlassens, also nicht natürliche Krankheitsfolge ist⁹⁶⁹. Diese Wahrscheinlichkeit kann sich daraus ergeben, daß die Behandlung nicht standardgemäß ist. Steht dies fest, dann sollte der Patient entschädigt werden, wenn nicht nachgewiesen wird, daß der Schaden auch bei standardgemäßer Behandlung unvermeidbar war. Dem Patienten wird damit nicht die Beweislast für ärztliches Fehlverhalten, wohl aber für dessen Kausalität abgenommen. Die Wahrscheinlichkeit iatrogener Schädigung kann sich aber auch daraus ergeben, daß der Schaden eine bei dieser Krankheit und dieser Behandlung unübliche Folge ist. Damit wird nicht nur der Nachweis nicht-standardgemäßer Behandlung erleichtert, sondern dem Patienten auch das die normalen Krankheitsfolgen überschreitende Risiko schicksalhaften Unglücks abgenommen⁹⁷⁰. Diese Grundgedanken der skandinavischen Entschädigungsgesetze ermöglichen eine Erleichterung der Entschädigungsvoraussetzungen, ohne die normalen Risiken ärztlichen Handelns unbilligerweise auf den Arzt zu verlagern. Insofern ist das skandinavische Entschädigungsmodell also als Haftungsergänzung durchaus geeignet. Es ist m. E. auch den in den USA diskutierten und dort in den Staaten Virginia und Florida für Geburtsschäden eingeführten „selective no-fault-systems“⁹⁷¹ überlegen, die mit festgelegten Entschädigungstatbeständen arbeiten. Denn eine nicht beim Einzelfall ansetzende Trennung iatrogener Schäden von schicksalhaften Krankheitsfolgen dürfte nur schwer gelingen, und die Kataloge laufen Gefahr, entschädigungswürdige Fälle nicht zu erfassen⁹⁷².

b) Begrenzung der zu ersetzenden Schäden

Was die bei einer Grundentschädigung notwendige Begrenzung des

⁹⁶⁹ Vgl. § 2 der Schwedischen Entschädigungsbestimmungen; § 2 Dänisches Patientenversicherungsg; § 2 Finnisches PatientenschadensG.

⁹⁷⁰ In diese Richtung geht, wie oben (S. 53 f.) dargelegt, die neuere französische Rechtsprechung, nach der jedenfalls öffentliche Krankenhäuser für den sogenannten *aléa thérapeutique* haften. S. dazu *Larroumet*, *L' indemnisation de l' aléa thérapeutique*, D. 1999 Chr. 33 ff.

⁹⁷¹ S. dazu *Thumann* (Fn. 882), S. 146 ff.

Schadensersatzes angeht, so sollte sie ebenfalls nach skandinavischem Vorbild nur bei schwerwiegenden Schäden eingreifen. Hierzu gehören erhebliche Dauerschäden und solche, die eine mehrwöchige stationäre Behandlung oder Arbeitsunfähigkeit nach sich ziehen. Wo beides nicht der Fall ist, sollten die Kosten ambulanter Behandlung erst ersetzt werden, wenn sie einen nicht unerheblichen Grundbetrag überschreiten.

Um die volle Versicherbarkeit der Entschädigung zu ermöglichen, sind Haftungshöchstgrenzen erforderlich, wie sie z.B. § 11 der schwedischen Entschädigungsbestimmungen sowohl für den einzelnen Geschädigten als auch für das Schadensereignis vorsieht und wie sie ja auch die meisten deutschen Gefährdungshaftungsregelungen kennen. Fraglich ist, ob die Patientenentschädigung Schmerzensgeld umfassen sollte. Dagegen spricht auf den ersten Blick, daß die Versicherungslösung dem Patienten nur eine Grundentschädigung bieten soll. Auch handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Haftung, für die bisher weder das europäische Produkthaftungsrecht noch die deutschen Gefährdungshaftungsregelungen, noch die von § 40 AMG für Arzneimittelversuche vorgeschriebene Probandenversicherung einen Ersatz immaterieller Schäden vorsehen. Jedoch will der Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19. 2. 2001 auch für die Gefährdungshaftung das Schmerzensgeld einführen. Außerdem schließen die Patientenentschädigungen der skandinavischen Rechte mit dem Verweis auf die deliktischen Schadensersatzregeln ein Schmerzensgeld gerade ein, in Schweden freilich nur sofern es dem Patienten selbst zugute kommt. Für diese Regelungen spricht, daß sie die friedentiftende Wirkung der Versicherungslösung erhöhen, denn sie nehmen den Anreiz, allein wegen des Schmerzensgeldes Ansprüche aus der Verschuldenshaftung gerichtlich geltend zu machen. Allerdings darf die Schmerzensgeldentschädigung wegen der erleichterten Anspruchsvoraussetzungen keinesfalls Genugtuungsfunktion, sondern nur Ausgleichsfunktion haben. Aus diesem Grund muß die Bemessung niedriger sein als bei voller deliktischer Haftung.

3. Gefährdungshaftung in Teilbereichen

⁹⁷² Für ein solches System dagegen *Thumann*, aaO., S. 247 ff.

Eine Alternative zur Ergänzung der Verschuldenshaftung durch einen Versicherungsschutz für Behandlungsunfälle bildet die Einführung der Gefährdungshaftung in bestimmten abgrenzbaren Teilbereichen. Hier kommt zum einen die Haftung für fehlerhafte Geräte, zum anderen die Haftung für nicht indizierte Maßnahmen in Betracht.

a) Gefährdungshaftung für Gerätefehler

Wie oben im einzelnen dargelegt⁹⁷³, findet sich eine verschuldensunabhängige Haftung des Arztes oder Krankenhauses für fehlerhafte Geräte in Österreich, der Schweiz, den Niederlanden und Frankreich. In den skandinavischen Rechten gehören die durch Gerätefehler verursachten Schäden zu denen, die in der Patientenversicherung zu entschädigen sind. Das deutsche, portugiesische und italienische Recht gehen zwar nicht ganz so weit, kehren aber die Beweislast um, was jedenfalls ein Schritt in die gleiche Richtung ist. Auf die Dauer verdient hier die Einführung einer objektiven Haftung den Vorzug.

Grundvoraussetzung einer Gefährdungshaftung ist das Vorliegen einer besonderen Gefahr⁹⁷⁴. Sie ergibt sich bei medizinischen Geräten daraus, daß bei ihrem Einsatz der Körper und/oder die Gesundheit des Patienten besonders bedroht sind; denn die Geräte werden am Körper des Patienten eingesetzt oder dienen mittelbar oder unmittelbar dem Schutz seiner Gesundheit. Daß der deutsche Gesetzgeber darin eine Gefahr sieht, die über die generellen Gefahren technischer Geräte für die Allgemeinheit hinausgeht, zeigt der Erlaß des Medizinproduktegesetzes und der Medizingeräteverordnung, die hier besondere Sicherheitsvorkehrungen anordnen.

Allerdings könnte gegen eine Gefährdungshaftung sprechen, daß diese für das ärztliche Handeln allgemein ja gerade deswegen abgelehnt wird, weil die Gefahr im Gesundheitszustand des Patienten liegt, also nicht von außen an ihn herangetragen wird, und weil Arzt und Krankenhaus in seinem Interesse handeln. Jedoch ist das Auftreten eines Gerätefehlers ein zusätzliches Risiko, das als solches nicht auf der Krankheit beruht und von ihr auch klarer zu trennen ist als bei rein ärztliche Behandlungsmaßnahmen. Zudem liegt der Einsatz medizinischer Geräte natürlich

⁹⁷³

Siehe B. III 3.

auch im Interesse des Arztes bzw. Krankenhauses, denen sie die Berufsausübung erleichtern, z.T. überhaupt erst ermöglichen. Schließlich dürften sich solche technischen Risiken auch besser kalkulieren und damit leichter versichern lassen als die Risiken ärztlichen Handelns im allgemeinen. Eine andere Frage ist, ob die sich an Gerätefehler knüpfende Haftung des Herstellers nach dem Produkthaftungsgesetz nicht bereits zum Schutz der Patienten vor den Folgen diesen besonderen Risikos ausreicht. Dabei ist jedoch zu bedenken, daß diese Haftung nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 PHG ausgeschlossen ist, wenn der Fehler noch nicht bestand, als der Hersteller es in den Verkehr brachte. Sie greift also nicht ein, wenn Fehler erst später entstehen. Dieses Risiko läßt sich zwar durch Kontrolle und Wartung vermindern, aber nicht ausschließen, so daß eine objektive Haftung des Geräteverwenders durchaus noch sinnvoll ist.

Ein wesentliches Bedenken gegen die Einführung einer Gefährdungshaftung für den Einsatz medizinischer Geräte ergibt sich im deutschen Recht daraus, daß der Patient sich der Gefährdung aus eigenem Entschluß aussetzt. Denn in manchen Bereichen greift die Gefährdungshaftung nicht zugunsten von Personen ein, die sich freiwillig selbst gefährden⁹⁷⁵. Zwar ist dieser Gedanke nicht durchgängig und sehr unterschiedlich verwirklicht und wird vom BGH z.B. bei § 833 nicht angewandt⁹⁷⁶. Aber bei der ärztlichen Behandlung mit gefährlichen Stoffen und Geräten hat er insoweit einen gesetzlichen Niederschlag in § 26 Abs. 4 AtomG gefunden⁹⁷⁷, als die sonst nach § 26 Abs. 1 AtomG bestehende Gefährdungshaftung für die durch radioaktive Stoffe oder Beschleuniger bewirkten Strahlenverletzungen hier gerade ausgeschlossen wird. Die Schaffung einer Gefährdungshaftung für die Anwendung medizinischer Geräte würde dazu einen Wertungswiderspruch bedeuten. Jedoch sollte dies kein Hindernis für eine Reform bilden, die dann freilich auch zu einer Änderung dieser Vorschrift führen müßte. Denn die Freiwilligkeit der Behandlung ist insofern problematisch, als der großen Mehrzahl der Patienten bei einer vernünftigen Interessenabwägung objektiv keine andere Wahl als die indizierte Behandlung bleibt. Im übrigen bildet die Freiwilligkeit bei der im Gefährdungsgrund ähnlichen

⁹⁷⁴ Vgl. *Deutsch*, Unerlaubte Handlung, Schadensersatz und Schmerzensgeld² (1993), Rn. 359; *Kötz*, Haftung für besondere Gefahr, AcP 170 (1970), 1, 21 und 28 ff.; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2¹³ (1994), § 84 I 2 b, S. 607 f.

⁹⁷⁵ Weil die Gefährdungshaftung zwar im wesentlichen auf Gedanken der Gefahrveranlassung und Gefahrbeherrschung aufbaut, aber auch die Unausweichlichkeit für den Betroffenen berücksichtigt, vgl. *Larenz/Canaris*, a.a.O., § 84 I 2a, S. 605 f. m.w.N. in Fn. 15.

⁹⁷⁶ Etwa BGH NJW 1992, 2474 m.w.N. aus der Rspr. des BGH seit 1974.

⁹⁷⁷ Dazu *Larenz/Canaris*, a.a.O., § 84 IV 2, S. 630 f.; bei Schäden von Dritten bleibt es hingegen bei der Haftung nach § 26 Abs. 1-3 AtomG, vgl. *Haedrich*, Atomgesetz (1986), § 26 Rn. 14.

Produkthaftung auch keinen Ausschlußgrund.

b) Gefährdungshaftung gegenüber Probanden und Spendern von Körpersubstanzen

Der zweite Bereich, in dem de lege ferenda eine Gefährdungshaftung zu empfehlen ist, ist der, in dem sich Personen nicht in ihrem eigenen, sondern im fremden Interesse ärztlichen Eingriffen oder Maßnahmen unterziehen. Das sind auf der einen Seite die Organ-, Gewebe- und Blutspender, auf der anderen die Teilnehmer an wissenschaftlichen medizinischen Experimenten. Wie im Berichtsteil dargelegt⁹⁷⁸, statuieren schon heute das französische und das portugiesische Recht in beiden Bereichen eine verschuldensunabhängige Haftung. Das deutsche Recht sieht eine solche Entschädigung bisher nur begrenzt und mittelbar vor, indem es in § 40 I Nr. 8 AMG für Arzneimittelprüfungen und in § 17 I Nr. 9 MPG für die klinische Prüfung von Medizinprodukten den Abschluß einer Versicherung vorschreibt, die auch verschuldensunabhängige Schädigungen deckt. Diese sog. Probandenversicherung erfaßt allerdings nicht nur wissenschaftliche, sondern auch Heilversuche⁹⁷⁹ und geht damit über den Kreis der rein fremdnützig handelnden Personen hinaus. Auf der anderen Seite gilt sie nicht für andere Versuche als solche mit Arzneimitteln, ist dort aber schon vor Jahren vom Deutschen Juristentag gefordert worden⁹⁸⁰.

Personen, die sich im fremden Interesse, sei es der Allgemeinheit oder eines einzelnen, medizinischen Maßnahmen unterziehen, befinden sich in einer aufopferungsähnlichen Situation, soweit es um die damit verbundenen Risiken geht. Bestimmte Verluste nehmen sie, vor allem bei der Organ- und Gewebespende, bewußt in Kauf. Das gilt jedoch nicht für die mit jedem ärztlichen Eingriff verbundene Gefahr einer unvorhergesehenen Schädigung. Wenn sie aber nicht den Nutzen der Behandlung haben, sollten sie auch den Schaden nicht tragen müssen. Das spricht dafür, den in Frankreich und Portugal eingeschlagenen Weg auch in Deutschland zu gehen. Dafür kommt entweder eine Gefährdungshaftung mit Haftpflichtversicherung oder eine obligatorische Spender- und Probandenversicherung nach dem Vorbild der §§ 40 I Nr. 8 AMG, 17 I Nr. 9 MPG in Betracht.

⁹⁷⁸ Siehe o. B. II. 2 a.

⁹⁷⁹ Vgl. *Fischer*, Medizinische Versuche am Menschen (1979), S. 94.

⁹⁸⁰ 52. DJT 1978, dazu *Fischer*, a.a.O., S. 98 Fn. 107 m.w.N.

4. Beweislastregeln

Neuregelungen, die im Arztrecht die Beweislast generell umkehren, sind weder sachlich zu empfehlen, noch würden sie auf internationale Akzeptanz stoßen. Das hat die fast durchgängige Ablehnung des EU-Entwurfs einer Dienstleistungsrichtlinie gezeigt. Dem Vorschlag einer allgemeinen Herabsetzung des Beweismaßes, etwa auf eine »überwiegende Wahrscheinlichkeit«, wäre wohl kein anderes Schicksal beschieden.

Ernsthaft diskutabel ist eine Übernahme der von der französischen Rechtsprechung entwickelten Regeln zur »perte de chances«⁹⁸¹. Wenn der Behandlungsfehler feststeht, aber dessen Kausalität für den Schaden nicht sicher ist, erhält der geschädigte Patient Ersatz entsprechend dem Grad der Wahrscheinlichkeit der Schadensverursachung. Wie oben dargelegt, kennen auch das schweizerische und österreichische Recht eine solche (nur) anteilige Haftung, und in der belgischen und deutschen Literatur hat sie Befürworter. Daß sie in England vom House of Lords auf der Grundlage des bestehenden Rechts verworfen worden ist, sollte de lege ferenda nicht als Hindernis betrachtet werden. Materiell spricht für eine in diese Richtung zielende Reform, daß sie von dem gerade in Arzthaftungsprozessen oft unbefriedigenden Alles-oder-Nichts-Prinzip befreit. Ob der Arzt oder der Patient den Schaden trägt, hängt bei feststehendem Behandlungsfehler, aber unsicherer Kausalität davon ab, ob der Fehler als grob qualifiziert wird; eine häufig schwer zu treffende und noch schwerer zu prognostizierende Entscheidung. Da erscheint eine Schadensteilung gerechter⁹⁸², die darauf beruht, daß sich in dem Schaden zwei Gefahren realisiert haben können, nämlich die vom Arzt geschaffene und die durch den Gesundheitszustand des Patienten vorgegebene. Hier sollte die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung jedes dieser Risiken dazu führen, daß jede mit ihrem Grad berücksichtigt, nicht daß ein Risiko bei Überwiegen des anderen völlig vernachlässigt wird.

5. Einheitliche Haftung aus Vertrag und Delikt

⁹⁸¹ Siehe o. B. II. 3. A.

⁹⁸² Vgl. *Deutsch*, in Festschrift für Larenz, 1973, S. 885, 902.

Das System der Arzthaftung würde wesentlich überschaubarer, wenn das heutige Nebeneinander von vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen mit ihren unterschiedlichen Voraussetzungen und Folgen durch einen einheitlichen Anspruch für Behandlungsfehler ersetzt würde. Zwar kennen, wie oben dargelegt⁹⁸³, bis auf das französische Recht wohl alle europäischen Rechte die Anspruchskonkurrenz. Aber die Unterschiede zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung sind nirgends von so großer Bedeutung wie in Deutschland. Die meisten Abweichungen finden sich bei der Verjährung. Hier zielen die deutschen Bestrebungen im Rahmen der Schuldrechtsreform auf eine einheitliche Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen der Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit⁹⁸⁴: Nach der letzten Fassung des Gesetzentwurfs zur Reform des Schuldrechts soll die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre gemäß § 195 BGB betragen. Für die hier einschlägige Vertragsverletzung ist keine Sonderregelung vorgesehen, und gleiches gilt für die Deliktshaftung, bei der der bisherige § 852 gestrichen werden soll. Die Verjährung soll für beide Ansprüche nach § 200 BGB mit der Fälligkeit beginnen, aber nach § 201 BGB einheitlich bei fehlender Kenntnis gehemmt sein, wobei die absolute Grenze für alle Körper- und Gesundheitsverletzungen dann bei 30 Jahren liegen wird.

Der zweite Punkt, in dem der Anspruchsgrund eine Rolle spielt, ist das Schmerzensgeld. Auch hier befindet sich, wie gezeigt⁹⁸⁵, das deutsche Recht mit der Beschränkung auf die Deliktshaftung beim Rechtsvergleich in einer Außenseiterrolle, die in Europa nur von Griechenland und Italien geteilt wird. Das ist ein Grund, aber nicht einmal der wesentlichste für eine Änderung *de lege ferenda*. Richtigerweise sollte das Schmerzensgeld nur vom verletzten Rechtsgut, nicht von der verletzten Pflicht abhängig sein. Entscheidend sollte sein, daß Körper oder Gesundheit verletzt sind, nicht ob dies durch Verletzung einer allgemeinen Verhaltenspflicht oder durch Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht geschehen ist. Eine entsprechende Änderung ist nach mehreren vergeblichen Reformanläufen jetzt wieder im Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19. 2. 2001 vorgesehen, dessen Art. 2 die bisherige Regelung des § 847 BGB in einen neuen § 253 Abs. 2 BGB überführt, der für jede Art von Körper- und

⁹⁸³

Siehe o. B. II. 1.

⁹⁸⁴

So schon § 201 BGB-KE, in Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1992, S. 284.

Gesundheitsverletzung ermöglicht, unabhängig davon, ob sie vertraglicher oder deliktischer Natur ist.

Unterschiede wird es nach diesen Reformen deshalb nur noch bei der Gehilfenhaftung geben. Hier erlauben die Länder des anglo-amerikanischen wie die des romanischen Rechtskreises mit Ausnahme Spaniens auch bei Delikten keinen Entlastungsbeweis, und seine Berechtigung ist ja auch in Deutschland rechtspolitisch seit langem umstritten. Bei der Arzthaftung, bei der die Schädigung im Rahmen eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses erfolgt, macht die Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen erst recht wenig Sinn. De lege ferenda sollte deshalb eine einheitliche Haftung nach dem Vorbild des § 278 BGB eintreten.

6. Zentralisierte Haftung des Krankenhausträgers

Für den geschädigten Patienten nur schwer durchschaubar und international sehr uneinheitlich geregelt⁹⁸⁶ ist die Haftung bei Behandlungen im Krankenhaus. Zwar schützt die Rechtsprechung des BGH, nach der der Arzt-Zusatzvertrag und damit die Haftung des Krankenhauses den Regelfall bildet, den Patienten wenigstens bei stationärer Behandlung vor unübersichtlichen Vertragsgestaltungen und ihren Auswirkungen. Aber bei ambulanter Behandlung gilt dies nicht, und ebenso bereitet in vielen ausländischen Rechten die Klärung des Schadensersatzpflichtigen Schwierigkeiten. Hier bietet de lege ferenda die Neuregelung in Art. 7: 462 des niederländischen Zivilgesetzbuches ein nachahmenswertes Vorbild. Bei dieser zentralisierten Krankenhaushaftung kommt es im Verhältnis zum Patienten nicht mehr darauf an, mit wem er den Behandlungsvertrag geschlossen hat. Bei allen Behandlungsmaßnahmen, die in der Klinik stattfinden, haftet diese für Pflichtverletzungen wie ein Vertragspartner, aber mit der Möglichkeit des Rückgriffs bei Belegärzten⁹⁸⁷.

III. Medizinische Versuche am Menschen

⁹⁸⁵ Siehe o. B. II. 1 a. E.
⁹⁸⁶ Siehe o. B. III. 1.

Wie sowohl bei der Bestandsaufnahme zum deutschen Recht als auch im rechtsvergleichenden Teil dargelegt, bedürfen die fremdnützigen medizinischen Versuche an Einwilligungsunfähigen dringend einer gesetzlichen Regelung. Sie ist für Arzneimittel schon zur Umsetzung der neuen EU-Richtlinie erforderlich, sollte sich aber nicht auf Arzneimittel beschränken, sondern für alle Arten von wissenschaftlichen Versuchen Klarheit schaffen. Notwendig ist eine solche Regelung deswegen, weil medizinische Forschung ohne die Erprobung am Menschen ausgeschlossen ist. Bei Krankheiten, die in dieser Form nur bei Kindern oder sonst einwilligungsunfähigen Personen vorkommen, können auch die Versuche nur an solchen Personen vorgenommen werden, ohne daß diese davon aber immer unmittelbar für die eigene Behandlung profitieren. Die gegenwärtige Rechtslage steht nicht selten der Durchführung kontrollierter Versuche entgegen, was dazu führt, daß die Nachteile nicht erprobter Behandlungen viel zu spät entdeckt werden.

Fraglich ist, ob dies die verfassungsrechtlichen Bedenken ausräumen kann, die gegen jede Art von fremdnützigen Eingriffen in Körper und Gesundheit ohne Einwilligung des Betroffenen erhoben werden. Wenn § 81 c Abs. 2 StPO aber fremdnützige Eingriffe wie Blutentnahmen mit Zustimmung der gesetzlichen Vertreter im Strafverfahren zuläßt, sollte dies bei risikoarmen Versuchen ebenso mit Art. 2 Abs. 2 GG vereinbar sein. Allerdings ist dafür eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich,⁹⁸⁸ an der es bisher fehlt. Sie wäre mit der Umsetzung der neuen EU-Arzneimittelrichtlinie ebenso wie mit Übernahme der in der Bioethik-Konvention enthaltenen Regelungen ins deutsche Recht gegeben. Die dort vorgesehenen Regelungen enthalten ebensowenig wie § 81 c StPO einen Verstoß gegen die Menschenwürde⁹⁸⁹; denn die Auferlegung körperlicher Eingriffe oder Risiken im Interesse der Gemeinschaft und der Gesundheit unbestimmter anderer bedeutet nicht etwa eine Instrumentalisierung der Person, wie nicht zuletzt das Institut der allgemeinen Wehrpflicht zeigt⁹⁹⁰. Sie stellt auch keine gegen Art. 3 GG verstoßende Diskriminierung einwilligungsunfähiger Personen dar;⁹⁹¹ denn nur diese, nicht aber einwilligungsfähige Personen können ohne ihre Zustimmung zu fremdnützigen Versuchen mit minimalen Risiken oder Belastungen herangezogen werden. Die

⁹⁸⁷ Siehe o. B. III. 1 bei Fn. 742.

⁹⁸⁸ a. A. noch *Fischer*, Medizinische Versuche am Menschen, 1979, S. 36 f.

⁹⁸⁹ *Elzer*, MedR 1998, 122, 124 f. m. w. N.

⁹⁹⁰ *Picker*, JZ 2000, 693, 702.

⁹⁹¹ a. A. *Picker*, JZ 2000, 693, 700 f.

Schaffung einer allgemeinen, auch Einwilligungsfähige treffenden Sozialpflicht zur Teilnahme an solchen Versuchen ist nicht erforderlich und deshalb auch nicht gerechtfertigt, weil die Erfahrung zeigt, daß sich in dieser Personengruppe immer genug Freiwillige finden. Für Einwilligungsunfähige ist deshalb eine Sonderregelung erforderlich, weil es hier keine Freiwilligen und damit ohne Schaffung einer Sozialpflicht keine fremdnützige Forschung zum Nutzen dieser Patientengruppe und ihrer spezifischen Erkrankungen geben kann⁹⁹².

Was die Voraussetzungen für die Vornahme solcher Versuche an nicht (voll) einwilligungsfähigen Personen betrifft, so sind die engen Grenzen, die sowohl die Bioethikkonvention als auch die neue EU-Arzneimittelrichtlinie vorsehen, natürlich auch in die deutsche gesetzliche Regelung zu übernehmen. Erforderlich ist die Einwilligung der (aufgeklärten) gesetzlichen Vertreter, aber auch die Aufklärung der Versuchsperson selbst, soweit diese nach ihrer geistig-emotionalen Entwicklung Verständnis für die Versuchsmaßnahme, deren Vorteile sowie die mit ihr verbundenen Belastungen und Risiken aufbringt. Der Wunsch des einsichtsfähigen Minderjährigen, nicht oder nicht mehr an der klinischen Prüfung teilzunehmen, ist zu respektieren, was als entsprechendes Verbot zu verstehen ist. Die Prüfung muß, wenn sie der Versuchsperson selbst keinen direkten, die Risiken übersteigenden Vorteil bringt, jedenfalls für die Patientengruppe mit einem direkten Nutzen verbunden und zur Bestätigung von Daten erforderlich sein, die bei einwilligungsfähigen Personen oder mittels anderer Forschungsmethoden gewonnen wurden. Ferner dürfen gleiche Untersuchungen mit demselben Aussagewert für diese Personengruppe an einwilligungsfähigen Personen nicht möglich sein. Schließlich sollte sie nur mit minimalen Risiken oder Belastungen verbunden sein. Die Bestimmung der neuen EU-Arzneimittelrichtlinie geht hier m. E. zu weit, wenn sie nur verlangt, daß die Prüfungen so geplant sind, daß sie unter Berücksichtigung der Erkrankung und des Entwicklungsstadiums mit möglichst wenig Schmerzen, Beschwerden, Angst und anderen vorhersehbaren Risiken verbunden sind. Die Risikogrenze ist damit nur relativ festgelegt, d. h. daß bei schweren Erkrankungen zumindest theoretisch auch entsprechend hohe Risiken in Kauf genommen werden dürften. Dies ist für Heilversuche richtig, weil sie ja der Versuchsperson selbst nützen. Dagegen stellen fremdnützige Forschungsmaßnahmen ohne Einwilligung des Betroffenen ein Opfer für die Gemeinschaft dar, das nur in sehr engen Grenzen

⁹⁹² a..A. Picker, JZ 2000, 693, 704 f.

mit dessen Rechten aus Artt. 1, 2 GG vereinbar ist. Die Eingehung schwerwiegender gesundheitlicher Risiken für potentielle gesundheitliche Vorteile anderer Kranker kann nicht verlangt werden. Die Gefahr, daß dies um des Forschungsziels willen geschieht, ist bei einer solchen nur relativ festgelegten Risikogrenze zu groß. Da die Erwägung 3 der Richtlinie den Schutz nicht einwilligungsfähiger Versuchspersonen weiterhin als Aufgabe der Mitgliedsstaaten bezeichnet, dürften auch gegen die nationale Festlegung einer niedrigeren Risikoschwelle keine Bedenken bestehen, zumal Art. 3 a für die Versuche an Kindern selbst etwas kryptisch festlegt, daß die Interessen des Patienten stets über denen der Wissenschaft und der Gesellschaft stehen müssen. Zu überlegen ist allenfalls, ob man nicht zwischen einsichtsfähigen und nicht einsichtsfähigen Kindern differenziert. Bei ersteren dient das Erfordernis der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter nicht so sehr der Ersetzung ihrer eigenen Zustimmung, auf die ja nicht verzichtet wird, als vielmehr einer Rationalitätskontrolle. Ihnen ist also die altruistische Entscheidung, die bei unbeschränkt einwilligungsfähigen Personen die Eingehung auch höherer Risiken rechtfertigt, möglich. Im Gegensatz zu den nicht einsichtsfähigen Kindern bringen sie kein völlig fremdbestimmtes Opfer, das sich nur mit einer Sozialgebundenheit rechtfertigen ließe. Bei letzteren ist allerdings die Begrenzung auf minimale Risiken und Belastungen unerlässlich.

Daß die Richtlinie auf eine solche verzichtet, steht wertungsmäßig auch nicht damit in Einklang, daß bei einwilligungsunfähigen Erwachsenen nach Art. 3b i) nur Prüfungen zulässig sind, bei denen der Nutzen für den betroffenen Patienten etwaige Risiken überwiegt. Während man bei Kindern um der Arzneimittelsicherheit willen fremdnützige Prüfungen zuläßt, scheint man dies bei dementen oder alzheimerkranken Patienten nicht für notwendig zu halten, obwohl sie es dort natürlich nicht weniger sind. Insofern ist auch hier die Bioethik-Konvention ausgewogener. Sinnvoll wäre eine Regelung, die allgemein bei nicht einwilligungs- und einsichtsfähigen Patienten fremdnützige Versuche mit minimalen Risiken und Belastungen zuläßt. Soweit es sich nicht um Kinder handelt, dürfte die EU-Richtlinie aber diesen Weg für Arzneimittelprüfungen versperren, da sie einen Mindestschutz statuiert, der über-, aber nicht unterschritten werden kann.

IV. Ergebnis der Handlungsvorschläge

1. Bei der Einwilligung ist in bestimmten Bereichen eine gesetzliche Regelung der Frage erforderlich, wann ein einsichtsfähiger Minderjähriger allein entscheiden kann und wann die Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter notwendig ist. Das gilt vor allem für lebenserhaltende Maßnahmen und Schwangerschaftsabbruch. Hier sollte für die Fortsetzung der (ggf. mutmaßliche) Wille des einsichtsfähigen Minderjährigen allein ausreichen, für den Abbruch dagegen die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter gefordert werden.
2. Für die Zustimmung des Betreuers zum Behandlungsabbruch bei einem einwilligungsunfähigen Patienten sollte festgelegt werden, daß sie der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht entsprechend § 1904 BGB bedarf.
3. Gesetzlich geregelt werden sollten die Patientenverfügung und die Bestellung eines Gesundheitsbevollmächtigten, und zwar in Anlehnung an die Beschlüsse des 63. Deutschen Juristentages 2000.
4. Langfristig erscheint eine Verbesserung der Entschädigung für unverschuldete Behandlungsunfälle nach dem Vorbild der skandinavischen Patientenversicherungen wünschenswert, jedoch nur in Form einer Grundentschädigung, die das gegenwärtige System der Verschuldenshaftung nicht ablöst, sondern ergänzt. Allerdings bedarf es zuvor noch empirischer Untersuchungen, in welchem Umfang hier Schäden entstehen, die nicht bereits durch soziale Ersatzleistungen gedeckt sind. Auch sind Untersuchungen zur Finanzierbarkeit eines solchen Systems erforderlich.
5. In zwei Teilbereichen wird eine Gefährdungshaftung vorgeschlagen, und zwar
 - a) nach dem Vorbild Frankreichs, der Niederlande, Österreichs und der Schweiz für fehlerhafte Geräte,
 - b) gegenüber Personen, an denen medizinische Maßnahmen in fremdem Interesse erfolgen, d. h. insbesondere gegenüber Organ-, Gewebe- und Blutspendern sowie gegenüber Teilnehmern an wissenschaftlichen Experimenten.
6. Der Schadensersatzanspruch wegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers sollte in Voraussetzungen und Folgen einheitlich geregelt, d. h. bei der Arzthaftung sollten die Unterschiede in der Verjährung, beim Schmerzensgeld und bei der Gehilfenhaftung beseitigt werden..

7. Nach dem Vorbild des Art. 7: 462 des neuen niederländischen Zivilgesetzbuches sollte eine zentralisierte Haftung des Krankenhausträgers für Behandlungen im Krankenhaus geschaffen werden.
8. Fremdnützige medizinische Versuche an Minderjährigen bedürfen dringend einer gesetzlichen Regelung, schon um Art. 2 Abs. 2 GG zu genügen. Dabei sind die Vorgaben der neuen EU-Richtlinie über klinische Prüfungen von Humanarzneimitteln umzusetzen und auf andere wissenschaftliche medizinische Versuche zu übertragen. Bei Versuchen an Kindern, die selbst die Prüfung, ihre Risiken und Vorteile nicht begreifen können, sollten nur Versuche zugelassen werden, die nicht mehr als minimale Risiken und Belastungen mit sich bringen.

Vierter Teil: Patientenrechte im Strafrecht

A. Bestandsaufnahme der bestehenden bundesdeutschen Regelungen einschließlich rechtsvergleichender Betrachtungen

I. Strafrecht und Patientenrechte

1. Einleitung

Gerade am Beispiel des Strafrechts lässt sich gegenwärtig besonders plastisch aufzeigen, dass in den letzten Jahren tiefgreifende Veränderungen in der Beziehung zwischen Arzt und Patienten festzustellen sind. Die medizinrechtliche Diskussion hat in der Bundesrepublik Deutschland ihren Ausgangspunkt genommen in wichtigen Publikationen großer Strafrechtler, wie etwa Eberhard Schmidt und Karl Engisch, die sich schon frühzeitig mit den eigentlichen Kernfragen der Patientenrechte im Medizinrecht befasst haben. Der ursprüngliche Fokus war ausschließlich auf Fragen, wie Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärung, teilweise noch Schweigepflicht des Arztes, und der Grundsatzfrage, ob die eigenmächtige Heilbehandlung strafbar ist, ausgerichtet. Diese Diskussion aus dem Anfang der 50er Jahre hat sich durch eine - wie auch in vielen anderen Rechtsgebieten - immer weiter um sich greifende Ausdifferenzierung und Betonung der immer stärker werdenden Interessen und Grundsätze einer aufgeklärten Gesellschaft entwickelt. Dabei vermittelt der medizinische Fortschritt allenthalben eine überwiegende Heilbarkeit und Wiederherstellbarkeit menschlicher Gesundheit. Das hat zur Folge, dass der Einzelne in seiner Krankheit und seinem Leid darauf vertraut und allzu leicht verdrängt wird, dass die hochspezialisierte Medizin nicht nur Schicksals-, sondern auch Fehlschläge kennt. Diese sich gegenseitig bedingenden Entwicklungen sind ein Teil der Ursache für die ständig steigende Beschäftigung der Gerichte mit rechtlichen Fragen zum Arzt-Patienten-Verhältnis. So ist in der Anfangszeit des Medizinrechts zunächst einmal die Rechtsprechung aufgerufen gewesen, mangels gesetzlicher Regelungen das Gesundheitswesen insoweit zu überwachen und für das berechnete

Vertrauen der Rechtsgemeinschaft zu sorgen. Auf diese Art und Weise war es die Anfangsaufgabe des Medizinrechts, das Gesundheits- und Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu schützen.

Es ist heute keine neue Erkenntnis mehr, dass die rechtliche Durchdringung des Arzt-Patienten-Verhältnisses geeignet war und ist, neben den hiermit verbundenen Belastungen für diese Beziehung zugleich Patientenrechte in optimaler Weise zu sichern.⁹⁹³ Die Rechtsprechung, die auf der Basis von Konflikten die Anforderungen z. B. an die ärztliche Aufklärung immer weiter ausdifferenziert hat, hat zu einer, wie es Schreiber formuliert hatte,⁹⁹⁴ Monokultur der Aufklärungsrechtsprechung geführt. Die Ärzteschaft hat mit der sog. defensiven Medizin reagiert, was zu Übertherapien und eher rechtlich als medizinisch indizierten Behandlungssituationen geführt hat.⁹⁹⁵

Diese zugegebenermaßen hier nur grob zu skizzierende Entwicklung führt heute dazu, dass eine Verrechtlichung der Arzt-Patienten-Beziehung beklagt wird, die auf den arbeitsteiligen, von den naturwissenschaftlichen Fortschritten bedingten Verhältnissen beruhend eine Anonymisierung und Technisierung der Medizin zur Folge hat.⁹⁹⁶ Sie ist eine nicht mehr hinwegzudenkende Ursache für die Diskussion über Patientenrechte. Die durch zunehmende Demokratisierung der Gesellschaft und durch Medien in ihrer Autonomie gestärkten Patienten entwickeln sich immer mehr von einem arztabhängigen Leidenden zu einem unter den Prinzipien des Verbraucherschutzes geprägten Kunden, der medizinkritisch seinen Willen zur Selbstbestimmung artikuliert und dessen Persönlichkeitsschutz einen stetig steigenden Einfluss ausübt.⁹⁹⁷ Deshalb ist auch Laufs darin zuzustimmen, dass das moderne deutsche Arztrecht sich zu einem Patientenschutzrecht von hoher Qualität entwickelt habe.⁹⁹⁸

Die Rechtsprechung hat also in Deutschland ein weitgehend ausdifferenziertes Recht geschaffen, von dem zunehmend behauptet wird, dass Deutschland einen Spitzenplatz im Bereich des Patientenschutzes einnehme, obwohl ein Patientenschutzgesetz bislang fehle.⁹⁹⁹

⁹⁹³ Vgl. dazu ausführlich Laufs, Geiger-Festschrift, S. 228, 233; Ulsenheimer, MedR 1992, 127.

⁹⁹⁴ Schreiber, BGH-Festschrift, S. 503, 507.

⁹⁹⁵ Giesen, Arzthaftungsrecht, S. 311.

⁹⁹⁶ Hanika, MedR 1999, 149.

⁹⁹⁷ Damm, Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen 2001, S. 9; Franke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 33 ff.; Schneider, MedR 2000, 497; zum Ganzen ausführlich Hanika, MedR 1999, 149.

⁹⁹⁸ Laufs, NJW 2000, 1757, 1759.

2. Regelung der Patientenrechte in der Bundesrepublik Deutschland - Rechtsgrundlagen

Patientenrechte sind, wie im Gutachten eingangs ausgeführt¹⁰⁰⁰, im rechtlichen Rahmen vorrangig und prominent im Verfassungsrecht erfasst. Gerade wenn gelegentlich die Behauptung vertreten wird, dass in Deutschland der Patientenschutz auf dem Rechtsgebiet unterentwickelt sei, so muss man gerade auf die Absicherung durch die Verfassung verweisen, die sicherlich im Vergleich zu vielen anderen Ländern schon als mustergültig bezeichnet werden kann.

Aus der Autonomie und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten als zentralem Bezugspunkt für *Patientenrechte* folgt das Recht des Patienten, über seine Krankheit sowie über Chancen und Risiken der Behandlung aufgeklärt zu werden. Im Rahmen dieser Aufklärung müssen dem Patienten auch Informationen über verschiedene Behandlungsmethoden und Versorgungsstrukturen gegeben werden, da das Selbstbestimmungsrecht verlangt, dass der Patient die Möglichkeit hat, zwischen verschiedenen Behandlungsmethoden auszuwählen.¹⁰⁰¹ Aus der verfassungsrechtlich geschützten Autonomie des Patienten folgt schließlich auch die Pflicht zur Dokumentation der Behandlung und damit auch das Recht des Patienten, die Behandlungsunterlagen jederzeit einzusehen und Kopien zu verlangen.

Für das Strafrecht lassen sich darüber hinaus spezifische Ausbildungen von Patientenrechten in einer Reihe einzelner Strafvorschriften besonders nachweisen. Hier kommen zunächst die Straftatbestände der Körperverletzungsdelikte, in erster Linie §§ 223, 227 StGB (Körperverletzung mit Todesfolge) und 229 StGB (fahrlässige Körperverletzung) in Betracht. Soweit es um die Einwilligung in die Körperverletzung, also den Heileingriff, geht, ist auf § 228 StGB hinzuweisen. Im Bereich des Lebensschutzes, der letztendlich auch Verwirklichung von Patientenrechten ist, sind die Tötungsdelikte mit der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) zu erwähnen. Auswirkung kann außerdem die Vorschrift über die unterlassene Hilfeleistung (§ 323 c StGB) haben. Das Persönlichkeitsrecht der Patienten wird durch die Vorschrift über die ärztliche Schweigepflicht (§ 203 StGB) mit den entsprechenden Absicherungen

⁹⁹⁹ Schneider, MedR 2000, 497, 499.

¹⁰⁰⁰ Vgl. dazu den verfassungsrechtlichen Teil Kluths.

im Strafverfahren (§§ 53 f. StPO) und den Beschlagnahmeprivilegien (§ 97 StPO)¹⁰⁰² ausdrücklich geschützt. Gerade die mit der Einwilligungsdoktrin und der Schweigepflicht eng verbundenen Prinzipien des Persönlichkeitsrechts sind durch ihre verfassungsrechtliche Absicherung im Persönlichkeitsschutz zentrale Elemente eines real existierenden Patientenschutzrechts, das an der Spitze der Werte des Grundgesetzes unveräußerlich verankert ist.¹⁰⁰³ Hier handelt es sich um eine der ganz wenigen Vorschriften im Strafgesetzbuch, wo die Strafbarkeit des Arztes expressis verbis erfasst ist und elementare Patientenrechte abgesichert werden. Nur hingewiesen und nicht näher erörtert werden soll im Rahmen dieses Gutachtens die Vorschrift zum Betrug (§ 263 StGB), wo ärztlicher Abrechnungsbetrug Vermögensrechte des Patienten dann schützt, wenn es sich um Privatpatienten handelt. Schließlich spielen zunehmend in der Praxis die Bestechungsdelikte (§ 331 ff. StGB) eine gewisse Rolle, wenn es um die Unbestechlichkeit ärztlichen Handelns im Öffentlichen Dienst geht. Die durch Beschaffung und Verbrauch von Arzneimitteln entstehenden Kosten, belasten letztendlich die Patienten. Von daher ist zumindest eine indirekte, den Patienten schützende Wirkung dort anzunehmen, wo die Bestechungsdelikte zumindest im öffentlichen Bereich beschäftigte Ärzte einer besonderen Strafdrohung aussetzen.

Ein weiterer zentraler Aspekt des Schutzes von Patientenrechten sind Maßnahmen der Qualitätssicherung. Als Mitglied der Ärztekammer des jeweiligen Bundeslandes nimmt der Arzt insofern automatisch an den Maßnahmen der Weiterbildung und Qualitätssicherung teil.¹⁰⁰⁴ Nicht nur die in der Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte festgehaltenen Behandlungsgrundsätze, sondern auch die weiteren, von den Fachgesellschaften und den Ärztekammern erarbeiteten und veröffentlichten Richtlinien über gute ärztliche Behandlung wirken gerade durch ihre Einwirkung auf den Sorgfaltsmaßstab im besonders hohen Maße patientenschützend.¹⁰⁰⁵ Schließlich muss mit berücksichtigt werden, dass durch den sogenannten Paradigmenwechsel in der Krankenversicherung auch neue qualitätssichernde Mittel für die Behandlung bereitstehen und damit auch Qualität

¹⁰⁰¹ Welge/Lindemann, Patientenrechte in Europa, in: Kranich/Böcken, Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa, S. 78 ff.

¹⁰⁰² Zum Zeugnisverweigerungsrecht und zur Beschlagnahme von Krankenunterlagen vgl. Lilie, ZaeFQ 1999, 766 sowie ders., DÄBl. 1982, A-61.

¹⁰⁰³ Hanika, MedR 1999, 149, 157; Schneider, MedR 2000, 497; Kranich/Boeckel, a. a. O., S. 104.

¹⁰⁰⁴ Ausführlich dazu Hanika, MedR 1999, 149, 158.

¹⁰⁰⁵ Laufs, NJW 2000, 1757, 1758; Hanika, MedR 1999, 149, 158 f.

von Behandlungen beeinflussen. Es ist Hanika darin zuzustimmen, dass verstärkt besondere Einrichtungen der Selbstverwaltung, wie etwa Ombudsmänner/Ombudsfrauen, Patientenberatungsstellen der Zahnärztekammern und andere Einrichtungen bemüht sind, den Patientenschutz zu intensivieren.¹⁰⁰⁶ Zu Recht hat auch Laufs¹⁰⁰⁷ darauf hingewiesen, dass neuere Kooperationsformen, Verzahnungen und Vernetzungen im Rahmen eines grenzüberschreitenden Gesundheitsmarkts mit ihrer Auswirkung letztlich die therapeutische Freiheit stärken und damit dem Vorteil des Patienten dienen.¹⁰⁰⁸

Dass *Patientenrechte* und -unterstützung ein Dauerthema bleiben, zeigt sich schließlich daran, dass sich neben der **72. Gesundheitsministerkonferenz** und der **Bundesärztekammer** auch der **Arbeitskreis "Ärzte und Juristen" (AWMF)** damit beschäftigt hat. *Patientenrechte* und Patientenunterstützung waren ein Thema auf seinen Sitzungen am 31.3. und 1.4.2000 in Würzburg. Ulrike Riedel hat in einem Referat dort ausgeführt, dass auch die politische Zielsetzung, Patientenrechte zu stärken, eine zunehmend vertiefte Umsetzung erfahre. Sie hat darauf hingewiesen, dass eine recht hohe Regelungsdichte auf unterschiedlichen Verantwortungsebenen verdeutliche, dass gerade die Verstärkung von Patientenrechten kaum durch einen singulären Rechtsakt zu erreichen sei. Sie fordert, den - auch durch das vorliegende Verfahren der Enquete-Kommission - in Gang gesetzten Diskussionsprozess zu nutzen, um zunächst einmal überhaupt konkrete Handlungsmöglichkeiten herauszuarbeiten. Dabei hat sie betont, dass gerade eine funktionierende Qualitätssicherung als grundlegendes Patientenrecht anzusehen sei. Dazu gehöre insbesondere eine Aufwertung der hausärztlichen Versorgung. Riedel hat insbesondere darauf hingewiesen, dass dem Informationsbedarf der Patienten in höherem Maße Rechnung getragen werden müsse. Nur so sei zu verhindern, dass sich Patienten im Einzelfall nicht passiv dem Medizinsystem ausliefern, sondern vielmehr - auch wenn dieser Begriff schwierig erscheint - als "Co-Produzenten von Gesundheit" Mitverantwortung übernehmen.

Riedel forderte weiter, dass mehr Transparenz bei Medizinschäden zu einer Stärkung der Patienten beitragen könnte. Ob freilich der von ihr geäußerte Gedanke einer Stärkung sogenannter Patientenvertreter ein probates Mittel sein wird, bleibt zu diskutieren. Jedenfalls ist bis heute wohl kaum davon auszugehen, dass es so stark

¹⁰⁰⁶ Hanika, MedR 1999, 149, 158 f.
¹⁰⁰⁷ NJW 2000, 1758.

allgemein repräsentierte Vertreter von Patienteninteressen gibt, denen stärkeres Gehör und Mitsprachemöglichkeit bei Entscheidungsprozessen und in Beratergremien einzuräumen sind. Patienteninteressen sind heute so vielschichtig und ausdifferenziert, dass es zwar bei einzelnen Krankheitsbildern durchaus informierte Vertretergruppen gibt. Eine generelle Patientenvertretung, die freilich grundsätzlich an solchen Verfahren zu beteiligen wäre, ist bis heute nicht zu sehen. Fragt man deshalb nach der Legimitation eines Patientenvertreters, so ist damit unweigerlich die Frage nach einer weitgehend einheitlichen koordinierten Interessenvertretung der Patienten aufgeworfen. Deren Beantwortung muss offen bleiben. Will man jedenfalls Patientenvertreter stärker, wie es Riedel formuliert, in die Entscheidungsprozesse einbinden, dann gibt es hier keine homogene Repräsentanz. Vielmehr sind es einzelne Gruppen, die unterschiedlich stark für die Patienten bestimmter Krankheitsbilder eintreten.

Auf der gleichen Veranstaltung hat Prof. Fuchs, Hauptgeschäftsführer der Bundesärztekammer Köln, Grundlagen für weitere Entwicklungsmöglichkeiten von Patientenrechten aus der Sicht der Bundesärztekammer vorgetragen. Er sieht am ehesten Ansätze einer Verstärkung von Patientenrechten in einer auffälligen Hinwendung der geänderten Musterberufsordnung der Bundesärztekammer zu Grundsatzfragen, die medizinisch-ethische Probleme aufwirft. Für ihn haben darüber hinaus die unabhängigen Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bei den Bundesärztekammern ihre Funktion als Instrumente zur Wahrung der Patientenrechte beispielhaften Charakter. Fuchs betont insbesondere, dass hierbei unbürokratisch und kostenfrei der Weg zu einer sachlichen Klärung von Beschwerden eröffnet sei. Wichtig erscheinen die Kriterien, bei denen Fuchs einen Weiterentwicklungsbedarf sieht. Dies sind:

- "die lange Verfahrensdauer bei Schadensfällen"
- "die häufigen Schwierigkeiten, die Verschuldensfrage zu klären"
- "die Notwendigkeit, Arzthaftungsfälle bei speziell ausgewiesenen Kammern oder Senaten zu bündeln"
- "die Probleme einer verschuldensunabhängigen Haftung"
- "der Rückgriff auf vereidigte Sachverständige"
- "die Beteiligung von Patienten- oder Versichertenvertretern in

1008

Zum Ganzen auch Dahm/Burghardt, MedR 1999, 458; Preißler MedR 1999, 506; Broglie, Qualitätsmanagement in Klinik und Praxis, 1999, 48.

Gutachtenkommissionen und Schlichtungsstellen und anderen Gremien der Selbstverwaltung, allerdings verbunden mit der Frage nach der Repräsentativität und Legimitation"

Ohne ein Ergebnis dieses Gutachtens vorweg nehmen zu wollen, so scheinen doch gerade diese Punkte in vielen Fällen von Patienten als quälend empfunden zu werden. Gerade die ersten beiden Punkte, nämlich die Verfahrensdauer und die Klärung der Verschuldensfrage erscheinen als grundlegende und zentrale Probleme in diesem Sektor. Da dies aber weniger Fragen des Strafrechts sind, sondern eher die zivilrechtliche Haftung betreffen, soll hier dazu an dieser Stelle nicht im breiten Rahmen Stellung genommen werden. Nur so weit es um die lange Verfahrensdauer bei Schadensfällen geht, sei schon jetzt auf spätere Ausführungen aufmerksam gemacht. Gerade dadurch, dass Arzthaftungsfälle häufig zunächst als Strafverfahren eingeleitet und erst im zweiten Schritt auch Verfahren vor die Schlichtungs- und Gutachterstellen und dann die Zivilverfahren durchgeführt werden, kommt es zwangsläufig zu sehr langen Verfahrenszeiten. Will man über eine wirkliche Reform des Arztrechtes nachdenken, so ist gerade dieser Punkt ein wichtiger Ansatz für Überlegungen. Wird eine Entkriminalisierung der Arzthaftung möglich, so lässt sich ein wenig relevantes Verfahren ausschalten und viel Zeit ersparen. Die Patienten kämen so schneller zu dem, was sie wirklich anstreben, nämlich Schadensersatz. Und die Zeit, die für die häufig von Patienten eigentlich angestrebte strafrechtliche Verurteilung des Arztes aufgewendet wird, die in der Praxis aber so gut wie nicht vorkommt, könnte eingespart werden.

Nicht zuletzt gehen auch die Ergebnisse des internationalen Symposiums "**Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates - taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regel?**" vom 19. - 24.9.2000 in Heidelberg in die gleiche Richtung wie die 72. Gesundheitsministerkonferenz und die Bundesärztekammer, eine Stärkung der *Patientenrechte* anzustreben. Grundsätzlich kam man zu dem Ergebnis, dass das "Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin" als geeigneter Ausgangspunkt betrachtet werden kann, die erforderliche weltweite Auseinandersetzung mit jenen Fragen anzuregen und zu fördern, die mit der Anwendung von Biologie und Medizin auf den Menschen verbunden sind. Wegen des grenzüberschreitenden Charakters der Forschung und Anwendung von Biologie und Medizin bedürften nationale Regelungen der Ergänzung durch einvernehmliche

internationale Festlegungen. Begrüßt wird, dass die Konvention wichtige Schutzprinzipien zur Forschung mit Menschen enthält. Das Symposium spricht sich im Rahmen der Weiterentwicklung der Konvention für eine Stärkung der Patientenrechte aus. So sollte die Patientenautonomie ausgebaut werden, insbesondere was Voraussetzungen angeht. Auch das Recht des Patienten auf wirksame ärztliche Behandlung sollte deutlicher formuliert werden. Dem Schutzbedürfnis besonders verletzlicher Personen und Personengruppen soll im Zusammenhang mit der Forschung besondere Beachtung geschenkt werden. Hier werden internationale einheitliche Regelungen zu den Voraussetzungen und zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit/-unfähigkeit gefordert. Das Symposium spricht sich für international einheitliche Regelungen zu den Voraussetzungen und zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit/-unfähigkeit aus. Schließlich sollte im Bereich der Forschung dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen verstärkt Rechnung getragen werden. Außerdem werden auch Vorschläge für die Forschung mit menschlichen Embryonen gemacht, worauf im entsprechenden Abschnitt noch näher einzugehen sein wird.

3. Regelung der Patientenrechte in anderen EU-Staaten

Das Gutachten des Sachverständigenrates 2000/2001 für die Konzentrierte Aktion im Gesundheitswesen hat im Band I¹⁰⁰⁹ zu den Patientenrechten Stellung genommen und dabei festgestellt,¹⁰¹⁰ dass auf der Basis des neuesten Berichtes der WHO Deutschland zu den Ländern gehöre, in dem -wie auch schon oben im Gutachten ausgeführt- Patientenrechte in einer Reihe unterschiedlicher Gesetze integriert seien. Gleichzeitig geht dieses Gutachten auch auf internationale Modelle und Erfahrungen ein. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird an dieser Stelle auf das Gutachten verwiesen, soweit es sich um die Wiedergabe der Patientenrechte in Europa handelt. Aus der dort abgedruckten Tabelle 30 lässt sich jedenfalls entnehmen, dass bislang nur in einer kleinen Anzahl von Ländern Patientenrechte einer gesetzlichen Regelung zugeführt worden sind und dass, soweit dies erfolgt, andererseits ähnlich wie in der deutschen Situation, Patientenrechte in verschiedenen Gesetzen

¹⁰⁰⁹ Bundestagdrucksache 14/5660, S. 169 ff.
¹⁰¹⁰ S. 169, 3.3.1.

inkorporiert sind. Letzteres trifft nach dem derzeitigen Stand jedenfalls immer noch auf die Mehrheit der Länder zu. Einige Länder haben bereits eine eigene Patientenkarte, wie etwa Frankreich, Irland und Portugal. Zu Recht zieht das Gutachten den Schluss,¹⁰¹¹ dass die Bewegung, Patientenrechte in einem einzelnen Gesetz festzuschreiben, noch keine mehrheitliche Entwicklung ist. Man sieht jedoch eine noch relativ junge Bewegung hinsichtlich einzelner Patientengesetze. Dabei wird insbesondere von Entwicklungen in Finnland berichtet, wonach vier Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes zwar eine größere Bewusstheit unter Patienten festgestellt wurde und die jüngere Generation der Ärzteschaft eine größere Bereitschaft zeigt, das Verhalten gegenüber Patienten zu ändern. Hervorzuheben bleibt aber, dass festgestellt wurde, dass gerade die Selbstbestimmtheit des Behandlungsprozesses keine grundlegende Veränderung erfahren hat. Schon diese vagen Informationen können als Indiz dafür dienen, dass die Verabschiedung eines Gesetzes, das Patientenrechte zum Gegenstand hat, das System kaum wirklich strukturell verändern wird. Die hierarchische Struktur und das Wissensgefälle zwischen Arzt und Patient werden eher aufrechterhalten bleiben. Wirklich strukturell tiefgreifende und Erfolg versprechende Veränderungen hin zu einer sichtbaren Besserung der Situation des Patienten lassen sich eher mit einem tiefgreifenden Wandel im Bewusstsein der Ärzteschaft über die Stellung des Patienten erreichen. Die Zusammenfassungen und Empfehlungen des Sachverständigenrates¹⁰¹² kommen deshalb zu dem Ergebnis, dass sich die Rolle des Patienten in einem Wandel befindet. Er wird eher als dritte Kraft im Gesundheitswesen zu verstehen sein und soll mehr Kompetenz und Partizipation erhalten, um so die Schlüsselqualitäten zu erlangen, um selber Einfluss, wie es in dem Gutachten heißt, "auf Prozess- und Ergebnisqualität der Leistungen und Wirtschaftlichkeit des gesamten Systems auszuüben". Als Defizit wird empfunden, dass die Rolle des, wie es in dem Gutachten heißt, "Konsumenten" im Gesundheitswesen nur rethorisch vorgetragen, aber eben nicht angemessen entwickelt sei.

Diesen sehr sozialwissenschaftlich und marktwirtschaftlich orientierten Terminologien muss man freilich entgegenhalten, dass diese vom Sachverständigenrat so bezeichnete "dritte Kraft" von einer vom konkreten Krankheitsbild lösgelösten Patientengestalt ausgeht. In der realen Wirklichkeit sieht sich freilich die Ärztin oder

¹⁰¹¹

S. 172.

¹⁰¹²

Bundestagdrucksache 14/5660, S. 174.

der Arzt in der konkreten Situation einem in seinem Leid ratsuchenden Patienten gegenüber, der angesichts des selbstverständlich völlig unterschiedlichem Maßes an Erkrankung, zumindest häufig gerade am Anfang der Behandlung, kaum als rationaler Konsument, sondern eher als konkret leidender Patient Rat und Hilfe sucht. Schließlich sieht auch der Rat¹⁰¹³ die Kriterien der Unsicherheit und Angst als wesentliche Größen der Arzt-Patienten-Beziehung an. In diesem Zusammenhang, von der Steigerung der Nutzerkompetenz "zu sprechen", verfehlt die Lebenswirklichkeit der Sozialstrukturen im Arzt-Patienten-Verhältnis. Betont sei, dass hier nicht einer paternalistischen Arzt-Patienten-Beziehung das Wort geredet werden soll. Das Problem liegt eher daran, dass es empirisch gesicherte Forschung zum Inhalt der Arzt-Patienten-Beziehung bislang nicht gibt. Vieles sind Vermutungen auf Basis eigener Erfahrungen oder sehr stark zur Objektivierung neigende, abstrakte Außenbeobachtung. Will man zu einer zuverlässigen Stärkung der Arzt-Patienten-Beziehung gerade auf der Patientenseite kommen, so besteht sicherlich noch erheblicher sozialwissenschaftlicher Forschungsbedarf, gerade für die Interaktionen der unmittelbaren Arzt-Patienten-Beziehung und der Wünsche der Patienten insbesondere.

Insofern ist es auch eine Selbstverständlichkeit, wenn sich der Rat angesichts der aufgezeigten Defizite¹⁰¹⁴ für eine stärkere und obligatorische Einbeziehung der Patienten stark machen will. Es ist eher als Selbstverständlichkeit zu betrachten, dass patientenbezogene Informationen¹⁰¹⁵ für den medizinischen Laien verständlich sein sollen.

Ob die Forderung des Rates nach einer Zusammenfassung der bislang unterschiedlich verstreuten Patientenrechte aus den verschiedenen Gesetzen wirklich empfehlenswert ist, erscheint fraglich.¹⁰¹⁶ Immerhin sollte berücksichtigt werden, dass eine solche Zusammenfassung zwangsläufig die Konsequenz hat, dass dies einem Sonderstrafrecht und Sonderhaftungsrecht für Ärzte gleich käme. Vorschriften, wie die zur ärztlichen Schweigepflicht (§ 203 StGB) mit den dazugehörigen Vorschriften zur Zeugnisverweigerung (§ 53 f. StPO) und die Beschlagnahmeprivilegien (§§ 94 f. StPO), sowie die Vorschriften zur

¹⁰¹³ Bundestagdrucksache 14/5660, S. 174 unter Nr. 403 am Ende.

¹⁰¹⁴ Bundestagdrucksache 14/5660, S. 174 Nr. 405 ff.

¹⁰¹⁵ Insofern ist der vom Rat gebrauchte Begriff patientenbezogene Dokumentation ungenau, weil damit eher die ärztliche Krankenakte gemeint ist.

¹⁰¹⁶ Bundestagdrucksache 14/5660, S. 174 Nr. 412.

Körperverletzung (§ 223 StGB) müssten aus den entsprechenden Gesetzesbüchern herausgelöst und in einen gesonderten Patientenkodex überführt werden. Dann stellt sich natürlich die Frage, warum die anderen von diesen Vorschriften betroffenen Berufsgruppen im StGB verweilen. Gerade hinsichtlich der ärztlichen Schweigepflicht scheint keine Verbesserung der Situation dadurch zu erwarten sein, dass eine in der Bevölkerung akzeptierte und verstandene Regelung aus dem StGB als dem Kernbereich des Strafrechts herausgelöst und in einen Sonderkodex überführt wird. Der Strafgesetzgeber steht Regelungen zu als bedeutend empfundenen Problemen im Nebenstrafrecht ebenfalls - und gerade in neuerer Zeit (Strafvorschrift zur Bekämpfung gefährlicher Hunde gemäß § 143 StGB) - eher skeptisch gegenüber.¹⁰¹⁷

Zuzustimmen ist dem Rat in der Forderung nach einer Fortentwicklung des Haftungsrecht. Die Fragen der verschuldensunabhängigen Haftung nach skandinavischen Vorbild, hat vor langer Zeit Erwin Deutsch schon früh für Deutschland behandelt. Diese Entwicklung erscheint interessant und weiter verfolgenswert, ist aber nicht Gegenstand dieses Teils des Gutachtens.

Eine zuverlässige Quelle internationaler Dokumente zur Patientenregelung ist die Untersuchung von Hanika.¹⁰¹⁸ Die internationale Situation scheint sich von der Deutschen, wie bereits oben berichtet, im Kernbereich kaum zu unterscheiden. Jedenfalls wird auch hier in der Gesamtschau betont, dass Patientenrechte in den verschiedensten Ländern auf verschiedenen Ebenen normiert sind, dass das Defizit aber in erster Linie auch hier darin gesehen wird, dass sie in den verschiedensten Ländern praktisch kaum in einer einheitlichen Kodifizierung geregelt und von daher gerade für Patienten kaum überschaubar geordnet sind.¹⁰¹⁹ Gleichwohl scheint sich mehr und mehr eine Entwicklung abzuzeichnen, die die Kodifikation eigenständiger Patientenrechte anstrebt, um so die nur mittelbare Festschreibung von Patientenrechten zu überwinden und durch Chartas der Patientenrechte die Emanzipation der Patienten zu fördern.¹⁰²⁰ Eine Reihe internationaler Dokumente sei hier nur kurz angesprochen, um das Thema nicht unnötig zu strapazieren. So lassen sich Patientenrechte aus der EMRK-Konvention zum Schutz der Menschenrechte und

¹⁰¹⁷ Vgl. hierzu Krüger, JR 2002, 1 ff.

¹⁰¹⁸ Hanika, MedR 1999, 149 ff.

¹⁰¹⁹ Hanika, MedR 1999, 149; Kranich/Böcken, Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa 1997 mit einzelnen Beiträgen.

¹⁰²⁰ Heberlein, VSSR 1999, 123, 129.

Grundfreiheiten ableiten. Auch die Europäische Sozialcharta enthält das Recht, sich des besten Gesundheitszustandes zu erfreuen. Eine optimale medizinische Behandlung steht dem einzelnen Patienten nach der Entschließung zu einer Europäischen Charta für die Rechte des Kranken (1984) zu.¹⁰²¹ Auch das WHO-Regionalbüro für Europa hat in der "Declaration on the Promotion of Patient's Rights in Europe" Strategien zur Stärkung von Patientenrechten behandelt¹⁰²². Die Regelungen in den einzelnen Ländern bezüglich der Patientenchartas sind bei Hanika¹⁰²³ ausführlich zusammengestellt. Im langen Resümee führt Hanika aus, dass die Rechtsentwicklung den kollektiven Patientenrechten besondere Bedeutung zukommen lassen wird.¹⁰²⁴ Jedenfalls stellt er auf der Basis seines Überblicks fest, dass die BRD bereits eine gut begründete Spitzenposition mit intensiven und ausdifferenzierten Patientenrechten in Europa einnimmt. Daraus leitet Hanika ab, dass Deutschland sowohl bei der Kodifizierung als auch bei der Rechtsfortentwicklung der gesicherten Position der Patientenrechte weiterhin "höchste Aufmerksamkeit" schenken soll. So verfällt auch der Experte, der einen Überblick über die europäischen Regelungen zu dem Patientenrecht hat, keineswegs in die Euphorie nach einem einheitlichen und standardisierten europäischen Patientenschutzgesetzbuch. In der Tat scheint die Regelungsmaterie, wie auch die anderen Teile dieses Gutachtens aufzeigen, sehr komplex und in die einzelnen Rechtsgebiete tief eingehoben zu sein. Eine Herauslösung aus diesen Zusammenhängen muss immer zu bruchstückhaften Lösungen führen und die Breite der bisherigen Aspekte vernachlässigen. Soviel für eine Sicherung von Patientenrechten spricht, so kompliziert scheint im Einzelnen die Umsetzung, insbesondere dann, wenn man nach einer einheitlichen europäischen Lösung suchen will. Hier bleibt zu befürchten, dass am Ende ein minimaler Konsens von eher appellativem Charakter verabschiedet wird, der kaum zu einer wirklichen Verbesserung führen kann.

Deshalb ist auch Schneider zuzustimmen,¹⁰²⁵ der ausführt, dass kaum eine wesentliche Verbesserung für den Patienten dadurch zu erzielen sei, dass bereits bestehende Patientenrechte in einer Charta oder Deklaration zusammen gefasst werden. Schneider befürchtet, dass eine vorschnelle Neubegründung von

¹⁰²¹ Hanika, MedR 1999, 149 f.

¹⁰²² Hanika, ebd.

¹⁰²³ Hanika, MedR 1999, 149, 152 ff.

¹⁰²⁴ Hanika, a.a.O. S. 161.

¹⁰²⁵ Schneider, MedR 2000, 497, 503.

Patientenrechten eher Nachteile für die bereits erreichte Qualität seitens des Patienten mit sich bringen wird. Als Praktiker sieht er in erster Linie dringenden Handlungsbedarf bei der Notwendigkeit des Gesetzesvollzugs. Letztendlich befürchtet er durch die gegenwärtig, wie er es formuliert, "politisch offensichtlich gewollte" Erweiterung des bisherigen Katalogs von Patientenrechten, eher eine Schmälerung dieser Interessen. Wie bereits oben angeführt wurde, sieht auch Schneider das größte Problem darin, dass ein neuer Kodex von Patientenrechten kaum in einem vorhandenen System zu verankern ist und vielmehr "wurzellos" dem medizinisch-bürokratischen Apparat ausgeliefert sei.¹⁰²⁶ Deshalb betont auch Schneider die aus der Privatautonomie fließende Selbstverantwortung des Patienten, die in Form des Selbstbestimmungsrechts den konkreten Behandlungsablauf beeinflussen soll.¹⁰²⁷ Schließlich hat Schneider auch darauf hingewiesen, dass der erste Deutsche Patiententag in Leipzig am 10.03.2000 es nicht vermocht hat, konsentiertere Zielvorstellungen über eine künftige Entwicklung der Patientenrechte hervorzubringen.

4. Neuere Vorgänge in der Bundesrepublik Deutschland

Die 72. Gesundheitsministerkonferenz (GMK) hat eine Deklaration "Patientenrechte in Deutschland heute" beschlossen.¹⁰²⁸ Sie beruht in wesentlichen Teilen auf einem Gutachten von Francke und Hart.¹⁰²⁹ Auch hier wird der Patient in seiner Rolle als versicherter Bürger und Verbraucher gesehen. Ähnlich wie in den oben angesprochenen Ausführungen von Riedel geht es um Bürgerbeteiligung als ein neues Thema im Gesundheitsrecht. Es wird auch ein Defizit in Deutschland gesehen, dass gerade die rechtspolitischen Perspektiven der Bürgerbeteiligung zu schwach ausgeprägt sind. Letztendlich geht es um eine Abwägung zwischen den Prinzipien der Selbstverpflichtung und Selbstverantwortung oder dem dann leitenden Ausweg einer Regulierung von außen. Eine solche Fremdregulierung soll dadurch vermieden werden, dass Francke und Hart über die bekannten deklaratorischen Patientenrechte hinausgehend eine Stärkung der Patientenrolle dadurch anstreben, dass neue

¹⁰²⁶ Schneider, MedR 2000, 497, 503.

¹⁰²⁷ Schneider, MedR 2000, 497, 503. Insoweit in Anlehnung an Laufs, NJW 2000, 1757, 1760.

¹⁰²⁸ Ausführlich dazu Schneider, MedR 2000, 497, 498. Hennies, Arzt 2000, 116.

¹⁰²⁹ Francke/Hart, Charta der Patientenrechte.

Patientenrechte konstitutiv abgesichert werden.¹⁰³⁰ Eine institutionelle Absicherung wird durch die Einrichtung unabhängiger Beratungsstellen, auf der Basis einer Stiftung Gesundheitstest und der institutionellen Beteiligung von Patienteninteressen vorgeschlagen. Die Verwaltungsstrukturen des Sozialversicherungsrechts sollen genutzt werden, um Gutachter- und Schlichtungsstellen sowie Ethik-Kommissionen bei der Arzneimittelzulassung abzusichern.¹⁰³¹

Die auf dieser Basis umgesetzte Deklaration der GMK führt freilich dort zu den eigentlichen Schwierigkeiten, wo es um die inhaltliche Ausgestaltung der zentralen vier Aspekte des Patientenschutzrecht geht, nämlich den Fragen der Aufklärung und Behandlung sowie denen des Schadensersatzrechts und der Sterbehilfe. In diesen Bereichen ändert sich praktisch nichts am bestehenden Recht,¹⁰³² da die Deklaration auf der Basis der gerade bei Aufklärung und Einwilligung eher restriktiven Rechtsprechung argumentiert.¹⁰³³ Immerhin haben Francke und Hart in ihrem Gutachten sich gerade mit dieser Rechtsprechung eher kritisch auseinandergesetzt.¹⁰³⁴

Insgesamt hat deswegen dieses Anliegen einer Patientencharta zunächst einmal grundsätzlich Zustimmung gefunden.¹⁰³⁵ Freilich hat insbesondere Laufs angeführt, dass der Entwurf in der Gutachtenfassung von Francke und Hart bessere Formulierungen enthalte als die Entschließung der GMK. Dies mag im Wesentlichen darauf zurückzuführen sein, dass gerade die Entschließung der GMK ein politisches Papier ist, bei dem ein breiter Konsens nötig war.¹⁰³⁶ Zu betonen ist freilich, dass der Beschluss der GMK schon auf einer breiten Basis steht, da die Krankenkassen, die Datenschutzbeauftragten, die Verbraucher- und Patientenschutzverbände, die Bundeszahnärztekammer, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und der Deutsche Pflegerat diesen Beschluss unterstützten, während die Bundesärztekammer und die Kassenärztliche Bundesvereinigung an den Beratungen mitgewirkt haben, sich aber nach der Publikation deutlich distanziert haben.¹⁰³⁷ Die Kritik der Bundesärztekammer und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung zielt insbesondere darauf ab, dass in diesem Papier verschiedene Regelungen schlicht aneinander gereiht werden und dass sich gerade aus einer knappen

¹⁰³⁰ Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, S. 232 ff.

¹⁰³¹ Francke/Hart, a. a. O.

¹⁰³² Katzenmeier, MedR 2000, 24.

¹⁰³³ Ausführlich dazu Schneider, MedR 2000, 497, 498; Hennies, Arzt 2000, 116.

¹⁰³⁴ Ausführlich dazu Schneider, MedR 2000, 497, 498; Hennies, Arzt 2000, 116.

¹⁰³⁵ Katzenmeier, MedR 2000, 24.

¹⁰³⁶ Laufs, NJW 2000, 846, 847.

Zusammenfassung nicht unerhebliche rechtliche Ungenauigkeiten ergeben und eine solche Erklärung das Ziel, für den Laien nachvollziehbar und verständlich zu sein, dadurch gerade nicht erreiche.

Daraufhin hat die Bundesärztekammer am 30.9.1999 den Entwurf einer "**Charta der Patientenrechte**" verabschiedet und zur Diskussion gestellt. Der Entwurf ist wesentlich kürzer als die beiden anderen Dokumente und konzentriert sich auf eine Präambel und 10 Thesen. Im Anschluss an eine Präambel, die es als notwendig erachtet, auf der Grundlage der allgemein anerkannten Menschenrechte *Patientenrechte* zu formulieren, folgt zunächst ein Recht auf medizinische Versorgung sowie ein Recht auf Qualität. Anschließend wird das Recht auf Selbstbestimmung genannt. Weiterhin habe jeder Mensch das Recht auf vorsorgliche Willensbekundung für den Fall, dass er nicht mehr in der Lage ist, seinen Willen rechtlich verbindlich zu äußern. Die Bundesärztekammer strebt weiterhin ein Recht auf Aufklärung und Beratung an. Genannt wird außerdem das Recht des Patienten, dass seine Informationen und Daten der Schweigepflicht unterliegen und von Ärzten, Krankenhäusern u. a. medizinischen Einrichtungen, den staatlichen Organen und den Organen der Sozialversicherung vertraulich behandelt werden. Jeder Patient habe das Recht auf freie Arztwahl. Erwähnenswert ist weiterhin das Recht auf Dokumentation sowie auf Einsichtnahme. Abschließend nennt die Charta der Patientenrechte ein Recht auf Schadensersatz.

5. Zusammenfassung

Regelungen über *Patientenrechte* sind unsystematisch verstreut in vielen Rechtsbereichen zu finden, außerdem kommt eine umfangreiche, schwer überschaubare Rechtsprechung hinzu.

Auch der Beschluss der 72. GMK sowie die Charta der Patientenrechte, verfasst von der Bundesärztekammer, konnten kein neues Recht schaffen, sondern nur das bestehende wiedergeben.

II. Konzeptionelle Entwicklungen.

Der ärztliche Heileingriff im Strafrecht

1. Einleitung sowie deutsche Rechtslage

Ein System der Rechtsvergleichung zeigt häufig schon durch die Gliederung, welche dogmatische Konzeption bei den Überlegungen zu Grunde gelegt wird. Im Medizinrecht wird dies besonders deutlich, wenn man die strafrechtliche Relevanz des Behandlungsfehlers im Rahmen der Körperverletzungsdelikte betrachtet.

In der Bundesrepublik Deutschland ist die **strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs** umstritten. Die Rechtsprechung hat seit der frühen Grundsatzentscheidung vom 31. Mai 1894 konsequent den Standpunkt vertreten, jeder die Körperintegrität durch Substanzverlust beeinträchtigende ärztliche Eingriff sei tatbestandlich eine Körperverletzung, ganz gleichgültig, ob er gelinge oder misslinge, ob er kunstgerecht vorgenommen oder fehlerhaft sei.¹⁰³⁸ Sie begründet ihren Standpunkt damit, dass der Körperverletzungsbegriff jede unmittelbar und physisch auf den Organismus erfolgende Einwirkung erfasse¹⁰³⁹ und daher ein als Ergebnis eintretender Heilerfolg am Vorliegen der Rechtsgutsverletzung nichts ändere. Lediglich die Rechtswidrigkeit der vorsätzlichen Körperverletzung könne auf Grund einer wirklichen oder mutmaßlichen Einwilligung des Patienten (oder des an seiner Stelle dazu Berufenen) entfallen.¹⁰⁴⁰

Die Medizin trat der These von der Tatbestandlichkeit des Heileingriffs als Körperverletzung ebenso energisch wie gekränkt entgegen. Die Rechtsprechung stelle das Skalpell des Chirurgen dem Dolch des Mörders gleich, die besondere Natur des ärztlichen Eingriffs werde verkannt. So hat die Deutsche Gesellschaft für Chirurgie noch 1958 wie folgt formuliert: "Diese wahrhaft humanitäre Tätigkeit hat wesensmäßig mit Körperverletzung durch gewalttätige Verbrecher oder Messerhelden de facto nicht das Allergeringste zu tun. Sie ist auch de iure strengstens zu unterscheiden, das ist eine billige ärztliche Forderung für neu zu

¹⁰³⁸ RGSt 25, 375.

¹⁰³⁹ BGH, NStZ 1996, 34 m. Anm. Ulsenheimer, S. 132; BGHSt 43, 306, 308; BGHSt 43, 346.

schaffendes Recht. Der Ärztestand müsste darauf drängen, bei der Strafrechtsreform ärztliche Eingriffe, die nach den Lehren der Medizin und auf Grund ärztlicher Erfahrung zu Heilzwecken notwendig sind und einwandfrei durchgeführt werden, aus dem Begriff der Körperverletzung und dem der Tötung herauszunehmen".¹⁰⁴¹

Die Meinungen in der Literatur sind gespalten. Vertrat die bislang noch ganz herrschende Ansicht in der Literatur die Auffassung, der ärztliche Heileingriff sei schon tatbestandlich keine Körperverletzung,¹⁰⁴² so mehren sich in jüngster Zeit die Stimmen, die fast einhellig unter dem Aspekt der Stärkung der *Patientenrechte* das Konzept der Rechtsprechung unterstützen.¹⁰⁴³ So folgt nun auch Schreiber¹⁰⁴⁴ der Auffassung von Steffen¹⁰⁴⁵, der für die Rechtsprechung der Zivilsenate betont, dass der Leitbegriff der herkömmlichen Einordnung des Heileingriffs als Körperverletzung und der Einwilligung des Patienten als Rechtfertigungsgrund dem personalen Anspruch der Patienten gerecht werde. Nur so könne gesichert werden, dass der Patient Subjekt und nicht Objekt der Behandlung sei. Schreiber sieht in dieser Rechtsprechung eine Stärkung der Position der Patienten, muss freilich einräumen, dass gerade die Rechtsprechung, nicht zuletzt die des 6. Zivilsenats des BGH, einer Monokultur der ärztlichen Aufklärung erlegen sei. Das eigentliche Problem dieses Konzepts wird von Schreiber selbst hervorgehoben: die Verletzung der Aufklärungspflicht behandelt die eigentliche Problematik, nämlich den ärztlichen Behandlungsfehler unter sachfremden Gesichtspunkten, und genau diese dogmatische Schieflage wird so verstärkt in das Strafrecht hineingeschleust und erweitert das geschützte Rechtsgut der Unversehrtheit des Körpers um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Damit werden alle Aufklärungskonflikte und die dazu gehörigen Probleme in die Körperverletzungsdelikte mit der Konsequenz hineingetragen, dass die fahrlässig fehlerhafte Aufklärung unter die Körperverletzungsdelikte fallen muss, selbst wenn der Heileingriff erfolgreich war. Schreiber selbst hat an anderer Stelle¹⁰⁴⁶ beklagt, dass diese Ausdehnung der Strafbarkeit gerade für Ärzte zu unerträglichen Folgen führen würde. Besonderes

¹⁰⁴⁰ BGHSt 11, 111; 12, 379; 16, 309; BGH, JZ 1964, 231; BGH, NStZ 1996, 34.

¹⁰⁴¹ Zitiert nach Schreiber, Hirsch-Festschrift, S. 713, 714.

¹⁰⁴² Schöne/Schröder/Eser, § 223, Rn. 30 ff.

¹⁰⁴³ Arzt, Baumann-Festschrift, S. 201; Arzt/Weber, BT, § 6, Rn. 99 ff; Cramer, Lenckner-Festschrift, S. 759, 776; im Grundsatz auch Horn, SK § 223, Rn. 33; Jakobs, AT 14/6 in: Fn. 9; Krey, BT, Rn. 219; Küpper, BT 1, § 2, Rn. 43; Rengier, BT II, § 13, Rn. 17; Roxin, AT, § 13, Rn. 24; Schreiber, BGH-Festschrift, S. 503, 506; vgl. dazu auch LK-Lilie, Vor § 223, Rn. 3.

¹⁰⁴⁴ In: BGH-Festschrift, S. 503, 506.

¹⁰⁴⁵ Arzthaftungsrecht, S. 123.

¹⁰⁴⁶ Hirsch-Festschrift, S. 713, 722.

Gewicht kommt dabei seinem Hinweis zu, dass in Fällen eines vorsätzlichen Aufklärungsfehlers Leistungen der Haftpflichtversicherer ausgeschlossen sind. Auch von anderen Stimmen¹⁰⁴⁷ in der Literatur wird die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts und der Menschenwürde des Patienten als tragendes Argument für die Position der Rechtsprechung herangezogen. Deren hinreichender Schutz könne nur durch die Strafbarkeit des Heileingriffs als Körperverletzung gewährleistet werden. Das Defizit der herrschenden Lehre sieht man darin, dass sie durchschlagenden kriminalpolitischen Bedenken ausgesetzt ist, weil sie zu einer Schutzlosigkeit des Rechtsguts führe, das mit der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren sei und damit das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über seinen Körper nicht gewährleistet werde und weder § 240 noch § 239 StGB diesen Mangel aufwiegen könne.¹⁰⁴⁸

Wieder andere Autoren¹⁰⁴⁹ gehen von dem Prinzip aus, dass es keine Heilbehandlung ohne Risiko gebe und wenden sich dagegen, die Gesundheit - wie es die h. L. tut - ähnlich wie bei den Vermögensdelikten in einer saldierenden Betrachtungsweise zu analysieren.¹⁰⁵⁰ Zutreffend sei vielmehr, dass der ärztliche Eingriff zu einer Verschlechterung des körperlichen Zustandes führe. Deshalb müsse das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte auch den Schutz gegen solche Risiken gewährleisten. Den Grund dafür, dass die Rechtsprechung ihr Prinzip seit 1894 ohne nennenswerte Modifikationen weiter trage und dies auch heute beibehalte, sieht man darin, dass wegen des rasanten Fortschritts medizinischer Behandlungsmethoden die ernst zu nehmende Gefahr entstanden sei, dass das Recht auf körperliche Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten eingeschränkt werden könnten.¹⁰⁵¹ So solle verhindert werden, dass der Patient zum Objekt ärztlicher Vernunftlosigkeit werden könne. Solche Ansätze setzen in der Praxis ein hohes Maß an Verständnis bei Patienten in der konkreten Behandlungssituation voraus. Der vernünftige oder verständige Patient als Leitfigur¹⁰⁵² der Arzt-Patienten-Beziehung bleibt ein theoretisches Orientierungsmodell, das der konkreten Situation des konkret Leidenden niemals gerecht werden kann.

¹⁰⁴⁷ Krey, BT 1, Rn. 220.

¹⁰⁴⁸ Im Ergebnis ebenso Schwalm, Bockelmann-Festschrift, S. 539.

¹⁰⁴⁹ Arzt/Weber, BT, § 6, Rn. 99 ff.; Ulsenheimer, JR 1986, 250.

¹⁰⁵⁰ Dazu Krauß, Bockelmann-Festschrift, S. 557, 561 f.

¹⁰⁵¹ Cramer, Lenckner-Festschrift, S. 761, 763.

Die herrschende Auffassung im strafrechtlichen Schrifttum, der sich die Reformwürfe angeschlossen haben (vgl. §§ 161, 162 E 1962, § 123 AE), lehnt den Standpunkt der Judikatur aber nach wie vor ab.¹⁰⁵³ Sie weist darauf hin, dass durch den gelingenden Heileingriff der Körperzustand nicht gemindert, sondern im Gegenteil gebessert oder bewahrt wird, es für die Verletzung des Rechtsguts nicht auf den Einzelakt, sondern auf das Gesamtergebnis ankommt, und daher eine Wiederherstellung oder Erhaltung der Gesundheit keine Gesundheitsschädigung und auch keine körperliche Misshandlung darstellt. Dementsprechend macht sie deutlich, dass die Fälle, um deren Strafbarkeit es der Rechtsprechung geht - die eigenmächtigen (d. h. ohne wirksame Einwilligung erfolgenden) Heilbehandlungen -, nicht das Rechtsgut des § 223 StGB, sondern das Selbstbestimmungsrecht verletzen, also Freiheitsdelikte sind (daher regeln § 162 E 1962, § 123 AE und § 110 österr. StGB die eigenmächtige Heilbehandlung außerhalb des Körperverletzungsabschnitts). Auch kann die h. L. anführen, dass sich für die Rechtsprechung bedenkliche Konsequenzen bei den qualifizierten Körperverletzungstatbeständen ergeben: Ein Arzt, der die medizinisch gebotene Amputation einer Extremität vornimmt, könnte deshalb bei fehlender Einwilligung wegen eines Verbrechens der beabsichtigten schweren Körperverletzung (§ 226 Abs. 2 StGB) bestraft werden.¹⁰⁵⁴ An einem solchen Ergebnis wird besonders deutlich, dass die §§ 223 ff. StGB nicht einschlägig sind, denn der Unrechtsgehalt des Täterverhaltens liegt nicht in der Zufügung eines schweren Körperschadens, sondern in einem geringer zu wertenden Freiheitsdelikt. Schließlich werden noch modifizierende Auffassungen vertreten,¹⁰⁵⁵ dass zwar die gelungenen, aber ohne wesentlichen Substanzverlust erfolgten, Heilmaßnahmen schon objektiv keine Körperverletzung seien. Hingegen komme es im Falle wesentlicher Substanzveränderungen nicht allein darauf an, dass der Eingriff insgesamt betrachtet zu einer Gesundheitsverbesserung führe, sondern der Unrechtsausschluss sei hier

¹⁰⁵² Steffen, MedR 1983, 88.

¹⁰⁵³ Blei, BT II, § 14 IV; Bockelmann, NJW 1961, 945, 947; ders. JZ 1962, 527; ders., Strafrecht des Arztes (1968), S. 66 ff.; Engisch, ZStW 58 (1939), 1 ff.; Gallas, ZStW 67 (1955), 1, 21 f.; Gössel, BT 1, § 13, Rn. 53 ff.; Grünwald, ZStW 73 (1961), 1, 9; Haft, BT S. 112; Hardwig, GA 1965, 161, 166; Hirsch, BGH-Festschrift, S. 199, 222; Arthur Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341, 373; Lackner/Kühl, § 223, Rn. 8; Maurach/Schroeder/Maiwald I, § 8, Rn. 30 ff.; Otto, BT, § 15, Rn. 11; Rudolphi, JR 1975, 512; Schaffstein, ZStW 72 (1960), 369, 378; Schmidhäuser, Strafrecht AT, 8. Kapitel, Rn. 121, 122; Eberhard Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 69 ff.; Schroeder, Besondere Strafvorschriften gegen eigenmächtige oder fehlerhafte Heilbehandlung? Stratenwerth, AT I, § 9, Rn. 368; Tröndle/Fischer, § 223, Rn. 96 b; Ulsenheimer in: Laufs/Uhlenbruck, § 138, Rn. 2 ff.; Wessels/Hettinger, BT I, Rn. 325 ff.; Welzel, § 39 I 3 a.

¹⁰⁵⁴ Dazu Cramer, Lenckner-Festschrift, S. 761, 778; Rengier, BT II § 13, Rn. 18 f.

¹⁰⁵⁵ Schöne/Schröder/Eser, § 223, Rn. 32 f.; Horn, SK § 223, Rn. 31 f.; Krauß, Bockelmann-Festschrift, S. 557, 574 f.

außerdem vom Einverständnis des Betroffenen abhängig.

Hinsichtlich des **misslungenen Heileingriffs** hat nach h. L. zu gelten: Ist der Eingriff sorgfaltsgemäß vorgenommen, d. h. unter Beachtung des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft,¹⁰⁵⁶ fehlt es bereits an einer tatbestandsmäßigen Körperverletzung.¹⁰⁵⁷ Da bei gelingendem Heileingriff der objektive Tatbestand der Körperverletzung nicht vorliegt, ist ein auf den Heilerfolg gerichteter Wille kein Körperverletzungsvorsatz, so dass bei objektivem Misslingen der subjektive Tatbestand des § 223 StGB fehlt. Und da der Eingriff sorgfaltsgemäß erfolgt, scheidet mangels Sorgfaltswidrigkeit auch der Tatbestand des § 229 StGB aus.

2. Neuere empirische Forschungsergebnisse

Für die Klärung von Patientenrechten bleibt es eine zentrale Frage, ob zur Absicherung möglicher Ansprüche wirklich die Strafverfolgung, das heißt die Einschaltung der Staatsanwaltschaft nach Behandlungsfehlern ein Königsweg zur Wahrung dieser Interessen ist. Letztendlich geht es darum, dass in der wissenschaftlichen Diskussion bislang zuverlässige Zahlen darüber fehlen, ob die geforderte Neuregelung der eigenmächtigen ärztlichen Heilbehandlung wirklich zu einer Stärkung von Patienteninteressen führen kann. In der Diskussion wird immer wieder der österreichische Weg angesprochen, gleichwohl bleibt die Vermutung, dass eine gesetzliche Änderung, die mit einem ungeheuren Aufwand verbunden wäre, zu einer Besserstellung der Patienten führen könnte. Eine erste empirische Untersuchung liegt mit der Saarbrücker Dissertation von Peters vor, der 194 Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Düsseldorf in den Jahren 1992-1996 detailliert ausgewertet hat.¹⁰⁵⁸ Das wichtigste Argument, das immer wieder für einen Regelungsbedarf und damit für eine Stärkung der Patienteninteressen vorgetragen wird, ist die hohe Anzahl von Strafverfahren, mit denen Ärzte nach einzelnen Behandlungen belastet seien. Aus diesem Grunde wurde in Halle ein Forschungsvorhaben zu diesem Thema durchgeführt. Das Forschungsvorhaben

¹⁰⁵⁶ Der Begriff des "Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft" hat inzwischen Gesetzeskraft erlangt, vgl. § 16 Abs. 1 TPG.

¹⁰⁵⁷ Vgl. insbesondere, wenngleich mit unterschiedlicher Begründung: Bockelmann, *Strafrecht des Arztes*, S. 67 f.; Engisch, *ZStW* 58 (1939), 1, 9; Gallas, *ZStW* 67 (1955), 21 f.; Eberhard Schmidt, *Arzt im Strafrecht*, S. 69 ff.; abweichend die Rechtsprechung; im Übrigen siehe zur *lex artis* noch LK-Hirsch, § 228, Rn. 32.

wurde aus Mitteln der Volkswagenstiftung ermöglicht, die die Untersuchung im Forschungsschwerpunkt Recht und Verhalten förderte. Die Datenerhebung des Forschungsprojekts basiert auf einer Sichtung von 1.200 Ermittlungsverfahren, die den gesamten Anfall arztstrafrechtlicher Verfahren der kooperierenden Staatsanwaltschaften aus diesen Jahren 1995 und 1996 umfasste. Aus diesem Verfahren wurden 601 Verfahren identifiziert, die insgesamt gegen 751 Beschuldigte geführt wurden und im Wesentlichen drei Kriterien erfüllen:

- der Vorwurf eines Aufklärungs- und /oder Behandlungsfehler
- Beschuldigter als approbierter Arzt
- Führung des Verfahrens unter einem 95er oder 96er Aktenzeichen

Die Gesamtheit der Erhebungseinheiten (n=601 Ermittlungsverfahren) setzt sich wie folgt zusammen¹⁰⁵⁹: Aachen 77, Bochum 62, Osnabrück 21, Mühlhausen 17, Kiel* 16, Lüneburg* 15, Stendal 13, Coburg 12, Dessau* 12, Frankfurt/Oder 11, Potsdam 11, Paderborn 10, Hof* 6, Ansbach 4, Stade* 4, Weiden 2. Die eigenmächtige Heilbehandlung spielt im Gegensatz zum Zivilrecht in Strafverfahren, insbesondere im Ermittlungsverfahren, tatsächlich noch nicht mal eine untergeordnete Rolle.¹⁰⁶⁰ Die im Zivilrecht beklagte „Monokultur des Aufklärungsfehlers“¹⁰⁶¹ trägt sich tatsächlich nicht in das Strafrecht hinein. Anders als im Zivilrecht kommt es nicht zur Behauptung, die Aufklärungspflicht sei verletzt, wenn der Nachweis eines Behandlungsfehlers misslingt. In nur 4 % der Verfahren wird wegen eines Aufklärungsfehlers ermittelt. Regelmäßig wird eine Fehlbehandlung vorgeworfen. Der Vorwurf eines Diagnosefehlers spielt eine untergeordnete, der mangelnder Aufklärung oder Einwilligung eine stark untergeordnete Rolle. Im Einzelnen verteilt sich die Quote wie folgt: Fehlbehandlung 68 % (n=510), Diagnosefehler 26 % (n=197), mangelnde Einwilligung / fehlerhafte Aufklärung 4 % (n=31), personelle Organisationsfehler 2 % (n=13). Der Aufklärungsfehler tritt dabei stets als Zusatz zum Vorwurf eines Behandlungsfehlers auf. Dass tatsächlich ein Aufklärungsfehler vorgeworfen bzw. zur Anzeige gebracht wird, kommt in den ausgewerteten Verfahren

¹⁰⁵⁸ Peters, Der strafrechtliche Arzthaftungsprozess, S. 93 ff.

¹⁰⁵⁹ Bei den mit * gekennzeichneten Staatsanwaltschaften konnten keine Verfahren mit 95er Aktenzeichen ausgewertet werden, was rechnerisch berücksichtigt wurde.

¹⁰⁶⁰ Die das zivilrechtliche Arzthaftungsrecht bestimmende Bedeutung des Aufklärungsfehlers trägt sich tatsächlich also nicht, wie befürchtet, mit den damit verbundenen Problemen und der kaum noch überschaubaren Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und des BGH in Zivilsachen zur Aufklärungspflicht in das Strafrecht hinein. Dazu ausführlich Laufs, Arztrecht, S. 93 Rn. 173. Der Vorwurf eines Einwilligungs- oder Aufklärungsfehlers kommt im Unterschied zum Zivilrecht nicht immer dann zum Tragen, wenn der Nachweis eines Behandlungsfehler misslingt (Schreiber, in: Laufs/Dierks/Wienke/Graf-Baumann/Hirsch (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 341, 342).

¹⁰⁶¹ Schreiber, BGH-Festschrift, S. 507.

nicht vor. Zu einer ähnlich geringen Frequenz kommt auch Peters in seiner Untersuchung, der in einem anderen Spektrum den Vorwurf mangelnder Aufklärung ebenfalls in 4 % der Fälle verzeichnete.¹⁰⁶² Dies liegt freilich auch darin begründet, dass der Nachweis eines Aufklärungsfehlers im Strafprozess ohnehin regelmäßig zum Scheitern verurteilt ist. Während Aufklärungsfehler im Zivilrecht praktisch als Auffangtatbestand fungieren, ist die Bedeutung des Aufklärungsfehlers im Strafprozess dadurch limitiert, dass die Behauptung mangelhafter Aufklärung durch den Patienten in der Regel durch die verwendeten Aufklärungsformulare in der Dokumentation widerlegt werden kann. Vergleichbare Sachverhalte, wie beim reichsgerichtlichen Urteil, dass eine Operation gegen den erklärten Willen des Patienten durchgeführt wurde, sind in dieser Form in der heutigen Praxis nicht mehr zu erwarten. Der Vorwurf einer vorsätzlichen Missachtung des Selbstbestimmungsrechts eines Patienten ist in der hier vorliegenden Untersuchung in keinem der Verfahren erhoben oder gefunden worden. Wollte man den spezifischen Unrechtsgehalt einer *lege artis*, aber fahrlässig oder vorsätzlich eigenmächtig durchgeführten Heilbehandlung in einem ärztlichen Sonderdelikt erfassen, käme das, betrachtet man die Verfahrenswirklichkeit, möglicherweise einer Kampfansage an ein Phantom gleich.

Will man also eine Stärkung von Patientenrechten erreichen, so scheinen diese Zahlen dafür zu sprechen, dass eine Neuregelung des ärztlichen Heileingriffes und der eigenmächtigen Heilbehandlung, so wie sie in Österreich erfolgt ist, auf der bisherigen Basis des deutschen Rechts wenig vielversprechend erscheint. Gerade der Vorwurf mangelnder Aufklärung als ärztlicher Fehler scheint in der Praxis keine wirklich wesentliche Rolle zu spielen.

Wenn es im Strafrecht um Patientenrechte geht, liegen sie in der Verfahrenswirklichkeit eher im Bereich des Behandlungsfehlers. Dabei kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Strafrecht für Patienten und gegebenenfalls Hinterbliebene in der vorliegenden Untersuchung mit 419 Fällen jährlich quantitativ eine nur recht geringe Bedeutung hat.¹⁰⁶³ Qualitativ, so ist zu vermuten, liegt die

¹⁰⁶² Peters, a. a. O., S. 30

¹⁰⁶³ Die empirisch unfundierten Schätzungen der jährlich gegen Ärzte wegen eines Aufklärungs- oder Behandlungsfehlers geführten Strafverfahren schwanken von 1.500 (Ärztliche Praxis, Nr. 21/92) bis zu 3.000 (Müller, DRiZ 1998, 155 ff., 158; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 1) jährlich geführter Verfahren bei 2.000 bis 10.000 Schadensersatz- und Schmerzensgeldverfahren. Die Versicherungswirtschaft geht von jährlich 30.000 Regressforderungen aus,

Bedeutung eines Arztstrafverfahrens für Patienten und Hinterbliebene in der Möglichkeit einer persönlichen Auseinandersetzung mit der ärztlichen Behandlung im Falle eines unglücklichen Ausgangs bzw. in der Verarbeitung des Verlusts eines nahe stehenden Menschen. In den Akten hat sich aber auch die Motivation finden lassen, dass die Strafanzeige dazu dient, ein Zivilverfahren strategisch vorzubereiten oder zu unterstützen. Das gilt insbesondere für solche Fälle, in denen vom Patienten von Beginn an ein Anwalt eingeschaltet worden ist. Inwieweit ein wirkliches Sanktionsbedürfnis bei enttäuschten Patienten besteht, bedarf einer gesonderten Prüfung. Will man also zu einer Stärkung der Patienteninteressen kommen, scheint der Königsweg nicht - politisch wohl auch kaum umsetzbare - Neuregelungen im Bereich der strafrechtlichen Arzthaftung zu sein.

Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren wird immer noch - so lautet die zentrale Vermutung - zu einem nicht unerheblichen Teil als „*Vorspann*“¹⁰⁶⁴ zur zivilrechtlichen Schadensersatz- oder Schmerzensgeldklage eingesetzt: Potenzielle Zivilkläger versprechen sich von dem Ermittlungsverfahren eine kostengünstige Vorbereitung ihres Zivilprozesses, weil sie den strafrechtlichen Amtsermittlungsgrundsatz für sich ausnutzen können.¹⁰⁶⁵ Im Rahmen dieser Untersuchung fehlten oft Hinweise auf Zivilverfahren, aber immerhin konnte festgestellt werden, dass in 12,5 % der Fälle, die auf Grund einer Strafanzeige geführt wurden, ein Zivilprozess geplant war. Seitdem der Bundesgerichtshof 1982 entschieden hatte, dass der Patient ein Einsichtsrecht in seine Behandlungsunterlagen hat, ohne hierfür ein besonderes schutzwürdiges Interesse darlegen zu müssen,¹⁰⁶⁶ besteht allerdings keine objektive Notwendigkeit mehr, die Beschlagnahme der Krankenunterlagen anzustreben. Häufig glaubt man, die Beweissituation für den Zivilprozess mittels des Vehikels

Patientenorganisationen von 100.000 (Der Arzt und sein Recht 1999, 24 in einer wiedergegebenen Meldung). Die quantitative Bedeutung des Arztstrafrechts liegt tatsächlich im unteren Rahmen der Schätzungen. Auf ein Ermittlungsverfahren entfallen in der Bundesrepublik durchschnittlich 60.000 Einwohner, insgesamt werden also ungefähr 1.500 Ermittlungsverfahren geführt. Dabei ist zu beachten, dass ungefähr jedes dritte Verfahren nicht aufgrund der Strafanzeige eines Patienten bzw. eines Hinterbliebenen ausgelöst wurde, sondern von Amts wegen, in der Regel auf Grund der Feststellung eines unnatürlichen Todes im Totenschein und einer entsprechenden Meldung an die Staatsanwaltschaft. Zivil- und Strafverfahren. Danach entfällt eine Strafanzeige auf ca. 90.000 Einwohner und werden jährlich 1.000 Strafanzeigen gestellt. Wie relativ gering diese Quote ist, zeigt sich insbesondere im Verhältnis zur Anzahl der niedergelassenen Ärzte und der stationären Patientenbehandlungen. 1995 waren alleine 115.000 niedergelassene Ärzte zu verzeichnen, die 15,8 Mio. stationäre Behandlungen ausführten (Gesundheitsbericht für Deutschland des Statistischen Bundesamts (Kurzfassung) 1998, S. 44, 52).

¹⁰⁶⁴ Dierks, in: Ehlers/Brogli (Hrsg.), Praxis des Arzthaftungsrechts, Rn. 90; Lilie, in: Fischer/Lilie, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, 1999, S. 83.

¹⁰⁶⁵ Zwar zeigt das Mengenverhältnis der Zivil- und Strafverfahren, dass Zivilverfahren nicht regelmäßig durch Strafverfahren vorbereitet oder unterstützt werden. In 12,5 % der Fälle, die aufgrund einer Anzeige geführt wurden, wird das strafrechtliche Verfahren jedoch parallel zu einem Zivilverfahren geführt oder einem beabsichtigten Zivilverfahren vorgelagert. Da der Hinweis auf ein entsprechendes Zivilverfahren nicht erforderlich ist und die Staatsanwaltschaft diese Frage auch nicht ermittelt, steht zu vermuten, dass der Anteil von Verfahren zur Unterstützung oder Vorbereitung von Zivilverfahren noch höher liegt.

¹⁰⁶⁶ NJW 1983, 328; dazu Lilie, Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte des Patienten, S. 150 ff.

Strafprozess zu verbessern. Dabei kommt hinzu, dass in Unkenntnis, insbesondere des Angebots der Gutachter- und Schlichtungskommissionen, weniger mit diesen Verfahren Betraute sich zu viel von dem Umweg über die Staatsanwaltschaft erhoffen.¹⁰⁶⁷ Dabei wird viel zu oft unberücksichtigt gelassen, dass das Angebot der Gutachter- und Schlichtungskommissionen zu viel schnelleren Ergebnissen führt.¹⁰⁶⁸ Gerade solche Anwälte, die mit den medizinrechtlichen Fragestellungen weniger vertraut sind, scheinen den Weg über die Staatsanwaltschaft zu bevorzugen, wobei dieses Vorgehen durch das Bestreben getragen wird, kostengünstig ein Sachverständigengutachten zu beauftragen und so die zivilrechtlichen Erfolgchancen einer Klage vorab klären zu können. Dabei scheint überraschend, dass Strafanzeigen oft auf anwaltliche Initiative zurückgeführt werden können,¹⁰⁶⁹ obwohl das Arztstrafverfahren auch aus der Sicht eines Mandanten eher Nachteile als Vorteile mit sich bringt. Ein ganz wesentliches Problem für den Mandanten liegt in der Regel schon in der erheblichen Dauer der Ermittlungen bis zur Erledigung durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht. Verfahren, die nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden, dauern durchschnittlich 11 Monate.¹⁰⁷⁰ Währenddessen ruhen Vergleichsverhandlungen und können erst dann wieder mit den mit dem Zeitablauf einhergehenden Beweisführungsschwierigkeiten aufgenommen werden. Insbesondere, wenn Zeugenbefragungen geplant sind, ist der mit dem Zeitablauf einhergehende Erinnerungsverlust nicht irrelevant.¹⁰⁷¹ Der Nutzen, der sich aus einem Arztstrafverfahren für einen Arzthaftungsprozess ableiten lässt, ist also eher gering. Das OLG Köln hat dazu ausgeführt, dass *„aus den im Ermittlungsverfahren gewonnenen Erkenntnissen oft deshalb wenig Nutzen gezogen werden kann, weil sich gerade im Arzthaftungsprozess die Rechts- und vor allem die Beweislage wesentlich anders darstellt, auch wenn Sachverhaltsidentität besteht, die behauptete Straftat also zugleich Anspruchsgrundlage der Klage ist“*.¹⁰⁷² Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass ein deutsches Zivilgericht - anders als etwa in Belgien - an die

¹⁰⁶⁷ Ratajczak, MedR 1988, 80, 81.

¹⁰⁶⁸ Lilie, in: Husfeldt/Raschke, S. 215.

¹⁰⁶⁹ In Verfahren mit rechtsanwaltlicher Beteiligung besteht ein weitaus häufigerer Bezug zu parallelen oder beabsichtigten Zivilverfahren. Ermittlungsverfahren, zu denen zeitgleich ein Zivilverfahren anhängig ist (n=28), werden zu 85 % (n=24) mit rechtsanwaltlicher Beteiligung geführt, und in 15 % (n=4) ohne rechtsanwaltliche Beteiligung. Ermittlungsverfahren, zu denen zeitgleich ein Zivilverfahren noch geführt werden soll (n=28), werden zu 80 % (n=20) mit rechtsanwaltlicher Beteiligung geführt, und in 20 % (n=5) ohne rechtsanwaltliche Beteiligung. Nur ca. 36 % der Patienten bzw. lassen sich in einem Arztstrafverfahren jedoch nur anwaltlich vertreten.

¹⁰⁷⁰ Im Einzelnen verteilen sich die durchschnittlichen Verfahrensdauern nach der Art der Erledigung wie folgt: 152 Abs. 2 StPO (n=7) 27 Tage, 170 Abs. 2 StPO (n=698) 335 Tage, 153 a Abs. 1 Nr. 2 (n=36) 611 Tage, 204 StPO (Abl. d. Eröffn. d. Hauptverh.) (n=2) 1.287 Tage, 153 a StPO nach Anklageerhebung (n=4) 362 Tage, Freispruch (n=2) 745 Tage, Verurteilung (n=2) 788 Tage.

¹⁰⁷¹ Ratajczak, MedR 1988, 80, 81.

¹⁰⁷² NJW 1990, 778.

Feststellungen eines rechtskräftigen Strafurteils ohnehin nicht gebunden ist,¹⁰⁷³ so dass sich auch von daher ein vorgeschaltetes Strafverfahren gegen den Arzt als unnütz vertane Zeit herausstellen kann.

Das Institut des Strafantrags überlässt dem Verletzten zwar die Initiative zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und in gewissem Umfang auch über das „Ob“ einer Sanktion. Auf der anderen Seite sollte nicht unterschätzt werden, dass mit dem Ermittlungsverfahren gerade für den einzelnen Arzt eine enorme, bisweilen Existenz bedrohende, Belastung einhergeht. Häufig steht diese außerhalb jeden Nutzens im Verhältnis zu den zu erwartenden Sanktionen, an denen der Patient in den meisten Fällen dieser Art motivierten Strafverfahren gegen Ärzte überhaupt nicht interessiert ist.

Die damit dem Einzelnen übertragene Verantwortung ist jedenfalls dann missbraucht, wenn das Strafantrags-Motiv des Patienten lediglich in der Vorbereitung eines zivilrechtlichen Schmerzensgeld- bzw. Schadensersatzverfahrens liegt. Dabei muss vor allem gesehen werden, dass nicht erst die strafrechtliche Sanktion eine Übelzufügung darstellt, sondern bereits das Strafverfahren in Freiheits- und Persönlichkeitsrechte der Beschuldigten eingreift. Die mit einem Ermittlungsverfahren verbundene Belastung für einen Arzt ist enorm.¹⁰⁷⁴ Gleiches hat auch Peters festgestellt.¹⁰⁷⁵

Wird ein Strafverfahren nicht zur Vorbereitung eines zivilrechtlichen Arzthaftungsverfahrens geführt, dann geht es - und das war in der Untersuchung immer wieder festzustellen - dem Patienten bzw. den Hinterbliebenen um die persönliche Aufarbeitung der dramatischen Geschehnisse. Die Untersuchung des Behandlungsvorgangs macht deshalb gerade in diesen Fällen nur Sinn, wenn sie dazu beitragen kann, bestehende Zweifel an einer möglicherweise fehlerhaften Behandlung zu bestätigen oder zu beseitigen. Insbesondere die Einstellungsbeurteilung, die Kausalität habe nicht nachgewiesen werden können, ist für die Betroffenen in diesen Fällen nur schwer nachvollziehbar und trägt nicht zur Wiederherstellung des „Rechtsfriedens“ bei. Ein Grund für das geringe Sanktionsrisiko überhaupt liegt aber vor allem in den im Strafrecht geltenden

¹⁰⁷³ Kleinknecht/Meyer-Goßner, Einl., Rn. 170 m. w. N.

¹⁰⁷⁴ Müller, DRiZ 1988, 155 ff., 158; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 2.

¹⁰⁷⁵ Peters, a. a. O., S. 74 ff.

Kausalitätsanforderungen.¹⁰⁷⁶ Der strafrechtliche Kausalitätsbegriff verengt in Bezug zur Komplexität des menschlichen Organismus die nach dem Strafrecht vorzunehmende Prüfung des Sachverhalts in einer Art und Weise, die eine Beantwortung gerade der hier in Frage stehenden Probleme nicht leistet. Insofern geht zumindest diese Prüfung in der Regel an den Erwartungen des Patienten vorbei, der mit einer umfassenden Beurteilung rechnet. Die *condicio sine qua non*-Formel führt für die Fälle, in denen ein Fehler offen gelassen oder bejaht wird, zu einer „Nadelöhr-Situation“, die regelmäßig nur offensichtliche Sachverhalte erfüllen.¹⁰⁷⁷ Während strafrechtliche Arzthaftungsverfahren wegen der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Kausalität mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingestellt werden, kommt es in den gleichen Sachverhalten zivilrechtlich beurteilt eher zu Verurteilungen.¹⁰⁷⁸ Beweiserleichterungen bis hin zu einer Beweislastumkehr¹⁰⁷⁹ machen die Schwierigkeiten der Kausalitätsfeststellung im Zivilrecht überwindbar. Erscheint der Kausalzusammenhang typischerweise geeignet, den eingetretenen Schaden zu verursachen, kann der Beweis im Zivilrecht *prima facie* geführt werden.¹⁰⁸⁰

Das strafrechtliche Verfahren wird in solchen Fällen dagegen in der Regel eingestellt. In der vorliegenden Untersuchung stützen sich zwar nur fast 20 % der Einstellungsverfügungen auf den mangelnden Nachweis der Kausalität.¹⁰⁸¹ Gleichwohl ist diese Zahl aber beachtlich, da in diesen Fällen das Vorliegen eines Behandlungsfehlers offen gelassen oder gar bejaht wurde. Hinter diesen nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellten Verfahren verbergen sich die wirklichen Behandlungsfehler. Freilich würdigt gerade in diesen Fällen in der Regel die Abschlussverfügung den Sachverhalt aus der Sicht der Patienten oder Hinterbliebenen nicht befriedigend.

Das bestätigt sich auch aus der Quote der Klageerzwingungsverfahren.¹⁰⁸² Die Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts ist durch eine Bearbeitungsweise der Staatsanwaltschaften gekennzeichnet, die bei Ermittlung und Prüfung des

¹⁰⁷⁶ Schreiber, BGH-Festschrift, S. 503, 512 f.

¹⁰⁷⁷ Der BGH (NJW 1984, 661) stellt insoweit fest: „Die Kausalverläufe bei ärztlichen Eingriffen sind, weil ein jeweils anderer Organismus betroffen ist, dessen Zustand und Reaktion nicht sicher berechenbar ist, weder vorausschauend noch rückwirkend eindeutig feststellbar. Mißerfolge und Komplikationen im Verlauf einer ärztlichen Behandlung weisen deshalb nicht stets auf ein Fehlverhalten des behandelnden Arztes hin.“

¹⁰⁷⁸ Schreiber, BGH-Festschrift, S. 503, 513

¹⁰⁷⁹ BGH NJW 1984, 1403, 1404; OLG Köln VersR 1991, 695 f.; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 109 Rdn. 1 f.

¹⁰⁸⁰ Schreiber, BGH-Festschrift, S. 503, 512

¹⁰⁸¹ Im Einzelnen verteilen sich die Einstellungsgründungen wie folgt: mangels nachweisbaren Behandlungsfehlers, 60,1 % (n=451); mangels nachweisbaren Aufklärungsfehlers 4,1 % (n=31); mangels Kausalität 19,6 % (n=147); aufgrund querulatorischer Anzeige bzw. eines Bagatellvorwurfs 6 % (n=45); aus Rechtsgründen (mangels öffentlichen Interesses, mangels besonderen öffentlichen Interesses, Verjährung) 6,5 % (n=49); sonstige 3,7 % (n=28).

Sachverhalts den Patienten individuell gar nicht mehr berücksichtigt. Im Anschluss an die Aufnahme der Strafanzeige bzw. des Strafantrags wird der Patient bis zur Verfahrenserledigung durch die Staatsanwaltschaft regelmäßig nicht mehr am Fortgang der Ermittlungen beteiligt. Auch während der Entscheidungsfindung im Ermittlungsverfahren greift die Staatsanwaltschaft in nur 16 % aller Fälle auf Patienten bzw. Hinterbliebene als Zeugen zurück. Im Vordergrund der Ermittlungshandlungen stehen die Beschlagnahme der Krankenunterlagen, die Beauftragung eines Gutachters und – in Todesfällen – die Obduktion. Da die Strafprozessordnung auch ein eigenes Einsichtsrecht in die Akten des Ermittlungsverfahrens für den Patienten oder Hinterbliebenen nicht vorsieht, bleibt nur die Möglichkeit, auf anwaltliche Unterstützung auch für diesen Fall zurückzugreifen, § 406 e StPO. Diesen eher im technischen verhafteten Ermittlungshandlungen steht das Grundanliegen der Patienten und Hinterbliebenen gegenüber. Beruht die Strafanzeige nach einem Behandlungsfehler häufig schon auf einem Kommunikationsverlust innerhalb des Behandlungsverhältnisses, so erleidet der Patient durch die zwangsläufig eher formalistisch agierende Staatsanwaltschaft erneut einen Kommunikationseinbruch, der seinem eigentlichen Anliegen nicht gerecht wird. Schließlich münden die gegen Ärzte geführten Ermittlungsverfahren so gut wie nie in eine öffentliche Hauptverhandlung, sondern sie werden gerade aus der Sichtweise der Betroffenen „still“ nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.¹⁰⁸³ Dies wiederum ist das Kernanliegen der beteiligten Ärzte, die auch für andere Einstellungsmodalitäten lieber Geldbußen bezahlen, anstatt es im konkreten Fall zu einer öffentlichen Hauptverhandlung kommen zu lassen. So bleibt letztendlich die mit der Strafanzeige häufig angestrebte Aufarbeitung der Geschehnisse ein unerfüllbares Anliegen der betroffenen Patienten.

Wie bereits oben angedeutet wurde, bieten strafrechtliche Sanktionen nur vordergründig Erfolg. Im Zentrum rechtspolitischer Erwägungen zum Rechtsgüterschutz gerade von Patienten muss deshalb aus strafrechtlicher Praxis

¹⁰⁸²

¹⁰⁸³

Die Quote liegt bei 8 % Klageerzwingungsverfahren.

Die Ermittlungsverfahren werden mit einer Wahrscheinlichkeit von ca. 93 % nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Zu einer Einstellung gegen Auflage kam es lediglich in ca. 5 % der Verfahren. Eine Anklageerhebung erfolgte in einem Prozent der Fälle, wobei ein Viertel der angeklagten Verfahren nach Anklageerhebung gegen Auflage eingestellt wurde. Eine Verurteilung und ein Freispruch erfolgte in je 0,3 % der Verfahren. Das entspricht in der Bundesrepublik jährlich ca. 1380 Einstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO, ca. 80 Einstellungen gegen Auflage, vier Freisprüchen und vier Verurteilungen. Im Einzelnen (n=751) 152 Abs. 2 StPO 1 % (n=7), § 170 Abs. 2 StPO 92,9 % (n=698), § 153 a Abs. 1 StPO 4,7 % (n=36), § 204 StPO (Abl. d. Eröffn. d. Hauptverh.) 0,3 % (n=2), § 153 a StPO nach Anklageerhebung 0,5 % (n=4), Freispruch 0,3 % (n=2), Verurteilung 0,3 % (n=2).

die Frage nach der Beherrschung der mit der ärztlichen Praxis verbundenen Risiken und die Analyse zur Fehlervermeidung stehen.¹⁰⁸⁴ Wegen der komplexen Zusammenhänge, die sich aus den Verknüpfungen der medizinischen Praxis bzw. Wissenschaft, den Gesundheitsbehörden, den Ärztekammern und der Justiz ergeben, muss ein übergreifendes und konzentriertes Verhältnis zwischen diesen Bereichen installiert sein. Die Bemühungen seitens der Ärzteschaft und der Gesundheitspolitik zu einem medizinischen Qualitätsmanagement müssen, wenn das Strafrecht ein wirksamer Faktor im Qualitätsmanagement sein soll, wirkungsvoll sein. Die derzeitige Konstellation zwischen ärztlichem Handeln, Justiz und den Organisationen des Gesundheitswesens scheint durch ein wie als Fremdkörper wirkendes Arztstrafrecht gestört zu sein. Gerade für die strafrechtliche Haftung werden neue Probleme dadurch verursacht, dass die verstärkte Verabschiedung von Leitlinien mit präzisen Ablaufplänen zur Behandlung von Krankheiten und Verletzungen das Haftungsrisiko unverhältnismäßig erhöhen.¹⁰⁸⁵ Diese Leitlinien legen nämlich ein neues Potenzial für Fälle des ärztlichen Regelverstößes fest. Gerade angesichts der zuvor beschriebenen rechtstatsächlichen Situation kann aber der Verstoß gegen Leitlinien eine faktische Implementationsbarriere für dieses unabhängig vom Strafrecht notwendige Instrument zur Qualitätssicherung ärztlicher Praxis bedeuten.

Die ärztliche Tätigkeit muss entkriminalisiert werden und durch moderne Methoden des Risiko- und Qualitätsmanagements ersetzt werden. *Evidence based medicine*, Leitlinien, Qualitäts- und Risikomanagement, Rankings und Zertifizierung öffentlich gemachter Qualitätsstandards sollten die Maßstäbe für eine sichere und an hoher Qualität orientierten Gesundheitsversorgung sein. Um zu einer zutreffenden Analyse ärztlicher Fehler zu kommen, hilft Strafverfolgung wenig, weil die Untersuchung gezeigt hat, dass das Strafrecht nicht geeignet ist, Qualitätsmängel wirklich transparent zu machen. Die stärkere Verankerung der Qualitätsstandards in Leitlinien ist aber aus juristischer und rechtsstaatlicher Hinsicht unbedingt wünschenswert. Schließlich geben diese Leitlinien Patienten und Gerichten Kriterien zur Fehlerbeurteilung an die Hand. Damit wird auch der in der Untersuchung deutlich werdenden Fehlentwicklung seitens des Einflusses der Gutachter zurückgesteuert werden können. Immerhin hat die Untersuchung gezeigt, dass Gutachter in

¹⁰⁸⁴ Laufs, NJW 1999, 1758, 1766.

¹⁰⁸⁵ Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 14 f.; Berndt/Fischer, Medizinische Leitlinien, Juristische Dimension, in DÄBl. 2000, A1942-A1944; Brinkbäumer/Emcke/Ludwig, Tödlicher Pfus, in: Der Spiegel, 5/2000, S. 54-60.

Arztstrafverfahren in der Position eines quasi vorgerichtlichen Richters überwiegend den Ausgang der Entscheidung bestimmen. Ohne Leitlinien kann sich die Staatsanwaltschaft weiterhin ausschließlich nur auf Gutachter verlassen, die dann faktisch in Personalunion die Funktion von Staatsanwalt, Verteidiger und Richter übernehmen.

Demgegenüber verkörpert die Strafnorm die ultima ratio im Instrumentarium des Gesetzgebers. Nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit sollte der Gesetzgeber von diesem Mittel nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch machen. Entscheidend für die Frage des Arztstrafrechts ist es demnach, ob die Gesamtheit der dem Schutz des Patienten in einer ärztlichen Behandlung dienenden Maßnahmen, seien sie bürgerlichrechtlicher, öffentlichrechtlicher oder strafrechtlicher Natur, angesichts der zu sichernden Rechtsgüter einen tatsächlichen Schutz gewährleisten können müssen. Es handelt sich in Anwendung der durch das Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze um keine "absolute" Pflicht zu strafen, „*sondern um die aus der Einsicht in die Unzulänglichkeit aller anderen Mittel erwachsende "relative" Verpflichtung zur Benutzung der Strafdrohung*“.¹⁰⁸⁶ Der strafrechtliche Beitrag zur Prävention ärztlicher Fehler besteht allerdings in dem pauschalen strafrechtlichen Appell zur Regeleinhaltung. Der minimale Anfall arztstrafrechtlicher Rechtsprechung gibt aber keinerlei praxisrelevante konkretisierte Verhaltensregeln zur Vermeidung von Rechtsgutsverletzungen bei Patienten.¹⁰⁸⁷ Bei all diesen Aspekten darf auch die stigmatisierende Wirkung einer strafrechtlichen Verfolgung für die Ärzte nicht vergessen werden. Auch erscheint es nicht wünschenswert, dass sich ärztliches Verhalten an einer verschwindend geringen Anzahl von strafgerichtlich entschiedenen Fällen als Maßstab ausrichten soll.

Recht und ärztliches Verhalten stehen im medizinischen Alltag in Abhängigkeiten, die nur schwer verallgemeinerbar sind. Gerade angesichts der Diskussion um eine gesetzliche Regelung ärztlicher Aufklärungsfehler spricht vieles zumindest für eine Entkriminalisierung dieses Aspektes, weil dadurch weder individual- noch generalpräventive Interessen und eigentlich kaum die Interessen des einzelnen Patienten außer Acht gelassen werden würden. Gerade für das Arztstrafrecht sollte intensiver die Frage aufgeworfen werden, ob strafrechtliche Sanktionen nach

¹⁰⁸⁶ Vgl. BVerfGE 39, S. 1, 45 ff.

¹⁰⁸⁷ Jährlich ergehen in der Bundesrepublik ca. 16 Urteile gegen Ärzte, davon jeweils die Hälfte Verurteilungen und Freisprüche.

Fehlleistungen zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens und zur Stärkung des Rechtsbewusstseins dienlich sind. Die Erwartung von Patienten, die sie in Arztstrafverfahren setzen, werden - wie bereits ausgeführt - ebenso oft enttäuscht wie entsprechende Hoffnung der Hinterbliebenen. Wesentlich wirkungsvoller scheint demgegenüber nicht die Sanktion, die durch das Strafrecht droht, sondern die berufsrechtlicher Maßnahmen, die bis zum Entzug der Approbation reichen können, weil dies den Arzt weitaus härter trifft, als die Erfüllung einer Auflage nach § 153 a StPO.¹⁰⁸⁸ Im Kern ist das Patientenschutzrecht der Bundesrepublik Deutschland der Rechtsfortbildung der Zivilgerichtsbarkeit zu verdanken.¹⁰⁸⁹ Das Strafrecht hat insofern keine wirkliche praxisrelevante Bedeutung entwickelt. Deshalb besteht kein wirklich nachweisbarer Bedarf, weder für eine absolute noch eine relative Verpflichtung, fahrlässige Aufklärungs- oder Behandlungsfehler mit Strafe zu bedrohen, sofern nicht ein leichtfertiges Handeln zum Vorwurf gemacht werden kann.

3. Rechtsvergleichender Überblick

Vor dem Hintergrund dieser Zahlen und ihrer Analyse ist es um so wichtiger, den Blick den europäischen Nachbarländern zuzuwenden, um hier nach weitergehenden Erfahrungen zu suchen. Für die Rechtsvergleichung stellt sich die Frage, wie im übrigen Europa ärztliches Verhalten mit den **Körperverletzungsdelikten** korrespondiert.¹⁰⁹⁰ Es ist also zu untersuchen, ob, wie im deutschen Recht, ein Lösungsweg im Bereich der Körperverletzungsdelikte gesucht wird oder ob die Rechtsprechung versucht, auf anderen Wegen den besonderen Bedürfnissen beim ärztlichen Handeln gerecht zu werden. Insgesamt entsteht in den europäischen Rechtskreisen ein Bild, das eine deutliche Abhängigkeit der strafrechtlichen Reaktion auf den Behandlungsfehler von der dogmatischen Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung zeigt. Auch wenn teilweise die staatliche Reaktion auf vermutete ärztliche Heilbehandlung auf möglicherweise allgemeine soziale Konventionen zurückgeführt wird, so kann man doch erkennen, dass gerade die Ausformung der zivilrechtlichen Arzthaftung die strafrechtliche Relevanz durchaus beeinflusst. So ist insbesondere in Österreich die Tendenz zu bemerken, strafrechtliche Haftungen

¹⁰⁸⁸ Die Höhe der Auflage beträgt durchschnittlich 3.200 EUR.

¹⁰⁸⁹ Laufs, NJW 1996, 2413 f.

¹⁰⁹⁰ Vergleiche dazu ausführlich Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 470.

nicht weiter ausufern zu lassen.¹⁰⁹¹ Hier greift insbesondere die Erkenntnis, dass das Strafrecht weniger dazu dienen kann, dem Einzelnen nach einer fehlgeschlagenen Behandlung Genugtuung zu verschaffen. Dies ist eher die Domäne des Zivilrechts. Aufgabe des Strafrechts kann es nur sein, solche Fehlleistungen im medizinischen Bereich zu sanktionieren, die das allgemeine Interesse wegen der Schwere der Rechtsgutsverletzung betreffen. Deswegen geht man auch in Holland eher von einer fehlenden spezifischen Funktion des Strafrechts innerhalb einer Gesundheitsfürsorge zur Bewahrung von *Patientenrechten* aus.¹⁰⁹² In diesem Zusammenhang erscheint es fortschrittlicher, sich amerikanischen Beispielen anzuschließen. Dort sind inzwischen Wege eingeschlagen, um die strafrechtliche Haftung zurückzudrängen. Der Medical Injuri Compensation Reform Act (MICRA) von Kalifornien ist etwa die Antwort auf die medical moral practice crises.¹⁰⁹³ Auch aus England und Schottland sind keine Fälle bekannt, in dem der Crown Prosecution Service (England) oder der Law Advocat (Schottland) ein Strafverfahren eingeleitet oder das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung jemals bejaht hat. Dies überrascht umso mehr, als jede Behandlung des Patienten ohne Einwilligung oder auf der Basis nicht ausreichender Information als Straftat betrachtet wird. So steht zumindest im englischen Recht die uneingeschränkte Doktrin, dass die unautorisierte Behandlung ohne Zustimmung eine Körperverletzung ist.¹⁰⁹⁴ In Schottland fehlen bislang so deutliche Formulierungen aus der Rechtsprechung. Gleichwohl scheint generell die Auffassung akzeptiert zu sein, dass jede Behandlung ohne Einwilligung eine Körperverletzung ist.¹⁰⁹⁵ Das erscheint ein wenig erstaunlich, weil das schottische Recht für die Körperverletzung einen Schädigungsvorsatz (*evil intend*) fordert. Allerdings ist auf Grund der nunmehr etwas in Bewegung gekommenen Rechtsprechung zu vermuten, dass die Definition des "evil act" in einer engen Verknüpfung zur Einwilligung zu sehen ist. So hat Lord Ross formuliert, dass der Arzt wegen Körperverletzung zur Verantwortung zu ziehen sei.¹⁰⁹⁶ Das bedeutet also, dass die Körperverletzung dann nicht den Anforderungen des "evil act" unterliegt, wenn der Arzt gerechtfertigt gehandelt hat.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹¹ Leukauf/Steiniger, Kommentar zum StGB, Rn. 25 und 26, vor § 1 StGB.

¹⁰⁹² Centrale Raat voor Volksgezondheid, Klachten van Patienten, S. 12 ff.

¹⁰⁹³ Koffer, Does unlawful mean criminal? Reflections on the disappearing taught/crime distinction in American law, Boston University Law Review 1991, S. 193 ff.

¹⁰⁹⁴ ReR/1992/Fam 11 per Lord Donaldson of Lymington MR, S. 22; ferner Airedale NGE Trust v blond/1993/1 All ER 821 per Lordkies, S. 860.

¹⁰⁹⁵ Scottish law commission, Mentally disabled adults, Scottish law commission discussion paper No. 94, p 3.4.

¹⁰⁹⁶ Lord Advocaats Reference No. 2 of 1992 scca 1970 per Lord Ross.

¹⁰⁹⁷ Lord Advocaats Reference Nr. 2 of 1992 scca 1960 per Lord Ross.

a) Portugal

Auch in Portugal hat man die Notwendigkeit der strafrechtlichen Bewältigung der Arzthaftungsfragen erkannt und eine besondere Regel in Art. 150 des Strafgesetzbuches getroffen. Mit dieser Reform sind weitgehend die Überlegungen herangezogen worden, die bei dem Entwurf des deutschen Strafgesetzbuchs von 1962 angestellt worden sind. Vor dieser Reform galt auch in Portugal jeder ärztliche Heileingriff als Körperverletzung. Anders als in Deutschland hat vor allen Dingen die Realitätsferne des Körperverletzungsansatzes in der wissenschaftlichen Diskussion den Reformwillen bestärkt. Man hat schon die Voraussetzung für inakzeptabel gehalten, dass der Arzt, der das Leben des Patienten durch Operation oder Behandeln retten will, auch dann eine Körperverletzung begehen könne, wenn er ohne Einwilligung handelt.¹⁰⁹⁸ Seit der Einführung des Art. 150 des portugiesischen Strafgesetzbuchs ist deshalb die ärztliche Heilbehandlung aus den Körperverletzungsdelikten dann herausgenommen, wenn die Behandlung medizinisch indiziert war und lege artis durch einen Arzt bzw. durch eine entsprechend qualifizierte Person ausgeführt wurde.¹⁰⁹⁹ Darüber hinaus ist es erforderlich, dass der Arzt mit der Behandlung einen therapeutischen Zweck verfolgt hat, dass es sich also um eine Diagnosemaßnahme oder einen Heileingriff handelt. Diese Regelung stellt Patienten indessen nicht schutzlos, weil die Heilbehandlung ohne Einwilligung des Patienten durch Art. 156 bestraft wird. Für die Körperverletzungsdelikte bleiben von daher nur noch solche Eingriffe, die nicht am medizinischen Standard orientiert und nicht ausreichender Erprobung unterzogen worden sind. Auch wenn eine nicht für den Heileingriff legitimierte Person, etwa die Krankenschwester, an Stelle des Arztes tätig wird, kann eine Körperverletzung gegeben sein. Eingriffe, die nur zu experimentellen Zwecken durchgeführt werden, unterliegen ebenfalls der Strafsanktion der Körperverletzungsdelikte, soweit keine ausreichende Einwilligung vorliegt.

An diesem Punkt treffen sich die portugiesischen Regeln mit dem österreichischen

¹⁰⁹⁸ Figuerido Dias, O Problema da Ortotana`sia: Introducao a sua Consiracao iuridica in Astincnicas, Modernas de Reanimacao, 1973, S. 35

¹⁰⁹⁹ Eine ähnliche Vorschrift findet sich auch in § 161 des E 1962.

Strafgesetzbuch. Dort sieht § 88 ÖStGB für Fälle, in denen keine schwere Gesundheitsbeschädigung vorliegt, die Straffreiheit des Arztes vor. Mit der Verknüpfung der Eigenmächtigkeit der Heilbehandlung und der Schwere der hieraus resultierenden Gesundheitsbeschädigung, die anhand der Folgen des konkreten Einzelfalls zu bestimmen ist, scheint man den richtigen Weg zur Vermeidung unerwünschter Kriminalisierung des Arztes und anderer Berufsgruppen zu beschreiten.

Ähnlich wie auch in Deutschland setzt sich als fahrlässigkeitsbeschränkendes Kriterium im österreichischen Strafrecht die Lehre von der objektiven Erfolgszurechnung durch.¹¹⁰⁰ In Österreich wirkt sich insbesondere aus, dass die gegebene Rechtslage auf Grund des § 110 ÖStGB (eigenmächtige Heilbehandlung) zu einer weitgehenden Reduzierung der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht geführt hat. Dabei entwickelt sich die Rechtsprechung eher arztfreundlich, wenn sie auch die "ex post betrachtet falsche, ex ante aber medizinisch vertretbare Diagnose nicht als objektive Sorgfaltswidrigkeit ansieht und vielmehr solche Fehler als Risiken des Arztberufes einstuft und nicht als Sorgfaltswidrigkeit anerkennt".¹¹⁰¹

Eine weitere Besonderheit weisen die niederländischen Lösungen auf. In den Niederlanden ist die geringe Anzahl von Strafverfahren gegen Ärzte damit zu begründen, dass für die strafrechtliche Verantwortlichkeit eine leichte Form von Fahrlässigkeit nicht ausreicht. Das heißt, in all den Fällen, in denen typischerweise strafrechtlich relevante Arztfehler begangen worden sind, scheidet oft von vornherein die Einleitung eines Strafverfahrens aus.¹¹⁰² Da in den Niederlanden offensichtlich wegen der hier entstehenden Strafbarkeitslücken gleichwohl ein Bedürfnis besteht, die ärztliche Tätigkeit effektiv zu kontrollieren, wurde eine besondere Jurisdiktion eingerichtet. Durch den Medical Discipline Act von 1928 in (Medische Tuchtwet) soll die Qualität der ärztlichen Versorgung sichergestellt und die Einhaltung des Standards überwacht werden.¹¹⁰³ Durch fünf solcher Disziplinargerichte, die in Amsterdam, Haag, Groningen, Zwolle und Eindhoven angesiedelt sind, soll das Vertrauen in die medizinische Profession gewahrt werden. Als Rechtsmittelinstanz ist

¹¹⁰⁰ Leukauf/Steininger, Kommentar zum StGB, Rdn. 25 und 26, vor § 1 StGB; OHG JBl. 1992, 64 vom 15.5.1991.

¹¹⁰¹ OHG JBl. 1994, 125 vom 3.12.1992.

¹¹⁰² Leenen/Gevers, in: Medical Responsibility, S. 424, Rn. NL 15.

¹¹⁰³ Leenen/Gevers, a. a. O., S. 424, Rn. NL 14, 15.

in Den Haag ein Central Medical Disciplinary Court eingerichtet worden.¹¹⁰⁴ Vor diesen Disziplinarkammern werden die wesentlichen Fragen der strafrechtlichen Arzthaftung geklärt. Dabei ist besonders hervorzuheben, dass relativ wenig Beschwerden gegen die Entscheidung der Disziplinargerichte eingelegt werden. Auf Seiten der Ärzteschaft werden diese Verfahren nachdrücklich unterstützt, weil in ihnen kaum eine öffentliche Verhandlung stattfindet. Auch ein solches Modell könnte Anstöße dazu geben, die strafrechtliche Haftung des Arztes zu reduzieren. Um aber im Einzelfall die Möglichkeit zu haben, einer Entscheidung mehr generalpräventive Wirkung zu geben, steht den Disziplinargerichten im Einzelfall die Möglichkeit zu, ihre Entscheidung bis hin zur Namensnennung an die Öffentlichkeit zu geben.¹¹⁰⁵

Deshalb sollten auch jene Lösungsmodelle kurz angesprochen sein, in denen Schadensersatz- und Strafverfahren miteinander verbunden sind. Freilich kennt auch die deutsche Strafprozessordnung das Adhäsionsverfahren der §§ 403 ff. StPO. Eine praktische Bedeutung hat dieses Verfahren aber nicht erlangt. In Deutschland wird gegen das Adhäsionsverfahren immer wieder eingewendet, dass prozesswirtschaftliche Gründe das Hauptproblem seien. Zu spezialisierte zivilrechtliche Fragen oder gerade bei Arzthaftungsfällen ein besonders hoher Streitwert stünden solchen auf den ersten Blick überzeugenden Lösungen, wie einem Adhäsionsverfahren, entgegen.¹¹⁰⁶ Hier scheint gegenwärtig das spanische Recht mit dem unten näher dargestellten Adhäsionsverfahren besonders erfolgreich zu sein. Allerdings muss dabei berücksichtigt werden, dass gerade die zivilrechtlichen Schadensersatzverfahren in Spanien eine untergeordnete Rolle spielen. Entsprechend des Art. 2 Code des Procedure Penal können auch in Frankreich die Opfer einer strafrechtlich relevanten Verfehlung eines Arztes gleichzeitig mit dem Strafverfahren ihre zivilrechtlichen Ansprüche stellen. Auch im belgischen Recht kann Schadensersatz im Rahmen eines Strafverfahrens verlangt werden. Werden beide Verfahren nacheinander geführt, so ist das Zivilgericht - anders als in Deutschland - an die Feststellung des Strafgerichts gebunden.

b) Österreich

¹¹⁰⁴ Leenen/Gevers, a. a. O., S. 424, Rn. NL 16.

¹¹⁰⁵ Leenen/Gevers, a. a. O., S. 424, Rn. NL 18.

¹¹⁰⁶ Vgl. Pfeiffer, StPO und GVG, Vor § 403, Rn. 2.

Eine sehr wesentliche weitere Gruppe wird durch jene Länder repräsentiert, die den ärztlichen Eingriff, soweit er *lege artis* ausgeführt wurde, nicht mehr als Körperverletzung ansehen. Diese Länder haben in den Strafgesetzbüchern eine Vorschrift über die eigenmächtige Heilbehandlung aufgenommen, um Strafbarkeitslücken zu vermeiden. Hier ist, wie bereits kurz angedeutet, zunächst das österreichische Strafgesetzbuch (§§ 88, 110 ÖStGB) zu nennen. § 110 ÖStGB sanktioniert die eigenmächtige Heilbehandlung mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen. Dabei ist die Strafbarkeit der eigenmächtigen Heilbehandlung nicht nur für Ärzte beschränkt, sondern erfasst auch auf Nichtärzte.¹¹⁰⁷ Eine außergewöhnliche Privilegierung des Arztes ist in § 88 Abs. 2 Nr. 2 ÖStGB vorgesehen: Hat ein Arzt dem Patienten in Ausübung seiner Berufstätigkeit eine Körperverletzung zugefügt, so bleibt er dennoch straflos, wenn die Gesundheitsbeschädigung oder die durch sie hervorgerufene Berufsunfähigkeit nicht länger als 14 Tage dauert. Diese Regelung erklärt sich aus dem älteren österreichischen Recht. Danach waren Ärzte, die im Zusammenhang mit der Berufsausübung fahrlässig einen Gesundheitsschaden gesetzt haben, nur dann überhaupt strafbar, wenn es sich um schwere Verletzungen handelte, die ein Berufsverbot rechtfertigen. Mit der Reform wurden hier die Patientenrechte gestärkt und die als zu weitgehend kritisierte Sonderstellung der Ärzte aufgehoben.¹¹⁰⁸ Gleichwohl wollte man mit der Novellierung des Strafgesetzbuches die besondere Gefahrgeneigtheit des ärztlichen Berufs berücksichtigen. Deshalb hat man von der ärztlichen Haftung im Strafrecht die Gesundheitsbeschädigungen ausgenommen, die zu keiner längeren Folge geführt haben. Dabei hat man diese Sonderregelung nicht nur auf Ärzte bezogen, sondern hat sie auf alle gesetzlich geregelten Medizinalberufe ausgedehnt.¹¹⁰⁹

Eine andere Entwicklung, die bislang in der Bundesrepublik Deutschland nur sehr zurückhaltend diskutiert wird, ist die Frage der Freiheitsberaubung durch ärztliche oder pflegerische Maßnahmen. Es geht um solche Fälle, in denen Patienten aus unterschiedlichen Gründen, sei es wegen psychischer Versorgung oder nach Medikamentenverabreichung, ein soziales Verhalten im Krankenhaus zeigen, das

¹¹⁰⁷ Foregger/Kodek/Fabrizy, ÖStGB, § 110, Erl. I a. E.

¹¹⁰⁸ Foregger/Kodek/Fabrizy, ÖStGB, § 88, Erl. V.

¹¹⁰⁹ Vgl. § 88 Abs. 2 Nr. 3 ÖStGB.

entweder auf der Station in erheblichem Maß stört oder geregelte Abläufe behindert und Rechte anderer beeinträchtigt. Hier greift man zur Fixierung, d. h. solche Patienten werden für unterschiedliche Zeiträume im Bett gefesselt.¹¹¹⁰ Der österreichische OGH geht - ähnlich wie die deutsche Rechtsprechung - in diesem Zusammenhang davon aus, dass bereits die Möglichkeit, die Bewegungsfreiheit in Anspruch zu nehmen, unter den Schutz des § 99 ÖStGB fällt. § 99 ÖStGB bestraft die Freiheitsberaubung bzw. -entziehung. Das Gericht hat auch die Verabreichung von Betäubungsmitteln in diese Kriterien mit einbezogen.¹¹¹¹ Letztendlich werden hier auch die dogmatischen Ergebnisse von den Notwendigkeiten in der Praxis getragen. So wurde in einer weiteren Entscheidung die Unterbringung eines Patienten gegen seinen Willen in einem Gitterbett nicht als Freiheitsentzug bewertet.¹¹¹² In dieser Entscheidung hat das OLG Wien den Schutz vor der Verletzung bei der drohenden Wiederholung eines epileptischen Anfalls höher eingeschätzt als das Interesse des Patienten, potenziell von seiner Bewegungsfreiheit Gebrauch zu machen. Für das Gericht war es ein wesentliches Kriterium, dass die Fixierung des Patienten in einem Gitterbett die weniger einschneidende Maßnahme gegenüber einer Unterbringung in einer geschlossenen psychiatrischen Anstalt gewesen ist.

Diese Ausführungen zeigen, dass die österreichische wie die portugiesische Regelung nicht den Schutz der körperlichen Integrität ins Zentrum stellen, sondern die freie Entscheidung bezüglich der Vornahme, genauer auf die Zulassung der Handlung abstellen und so das Selbstbestimmungsrecht betonen.¹¹¹³ Demgegenüber zeigen aber gerade die aus Deutschland vorgelegten Zahlen, dass in den Ermittlungsverfahren die Fragen der fehlerhaften Aufklärung, also die der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts, den Patienten weniger betreffen. Das bedeutet für den Fall einer Neureglung, dass man erwägen werden muss, ob es sich hierbei um ein emanzipatorisches Problem handelt oder ob eine Neureglung die Aufmerksamkeit auf das Selbstbestimmungsrecht lenkt und so den Patienten ermuntert, sein Recht auf Selbstbestimmung stärker zu realisieren.

¹¹¹⁰ Amelung, ZStW 1995 (1983), 1 f.; Bloy, ZStW 96 (1984), 703; Göppinger, FamRZ 1980, 856; Kohte, AcP 1985, 105 f.; OLG Hamm, VersR 1984, 194; OLG Köln, VersR 1984, 1078; OLG Düsseldorf, VersR 1984, 1173.

¹¹¹¹ OGH, JPI 1992, 622.

¹¹¹² OGH Az. 27 Bs 294/85 vom 14.10.1985 unveröffentlicht.

c) Spanien

Für Spanien ist hinsichtlich der Regelung des ärztlichen Heileingriffs das am 25. April 1986 erlassene allgemeine Gesetz über das Gesundheitswesen zu nennen, mit dem man bemüht ist, die territorialen Ungleichgewichte bei den Leistungen des Gesundheitswesens zu korrigieren. In diesem Gesetz wird ausdrücklich das Prinzip des Universalzugangs zu allen Leistungen des Gesundheitswesens für sämtliche spanische Bürger auf der Basis des Gleichheitssatzes gewährleistet. Zusätzlich sichert Art. 10 des allgemeinen Gesetzes über das Gesundheitswesen die Rechte, die sich auf Leistungen im Gesundheitswesen beziehen. Das Prinzip der Selbstbestimmung des Kranken, insbesondere die Einwilligung nach vorangegangener Information, ist ausdrücklich festgeschrieben. Von hoher Bedeutung ist weiterhin, dass gerade in diesem das Arztstrafrecht betreffenden Gesetz die Rechte auf Intimsphäre und Geheimhaltung nachdrücklich hervorgehoben werden. Von der Konstruktion her hat der Gesetzgeber hier subjektive Rechte kodifiziert, die gerichtlich durchsetzbar sind (Art. 11).

In Spanien ist seit 1985 die Zahl der Haftungsverfahren gegen Ärzte oder Gesundheitsorganisationen deutlich gestiegen. Obwohl die meisten strafrechtlichen Arzthaftungsverfahren in Spanien zu einem Freispruch des Arztes führten, wurde dieser Weg deshalb gerne eingeschlagen, weil die struktureller Ähnlichkeiten zwischen zivil- und strafrechtlicher Fahrlässigkeit die Strafverfahren gleichwohl wegen der prozessualen Beweissituation deutliche Vorteile boten. Hinzukommt, dass das spanische Recht im Strafverfahren das Adhäsionsverfahren kennt und so nach der strafrechtlichen Verurteilung auch ein leichter Weg zum zivilrechtlichen Schadensersatz eröffnet war. So erklärt sich auch, dass die wenigen rein zivilrechtlichen Schadensersatzprozesse sehr rigoros den Fehler oder den ursächlichen Zusammenhang zwischen Behandlung und Fehler bejaht haben.

Allerdings ist gegenwärtig eine deutliche Wende zu beobachten. Die strafrechtlichen Verurteilungen wegen fahrlässiger Körperverletzung gehen deutlich zurück. Im

¹¹¹³ Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 471; Kienapfel, Grundriss des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil I, § 110, Rdn. 3

Verhältnis dazu steht eine wesentlich größere Anzahl an erfolgreichen zivilrechtlichen Schadensersatzklagen gegen Ärzte. Insofern scheinen diese Feststellungen aus Spanien deckungsleich zu sein mit den Ergebnissen, die sich aus den deutschen Zahlen ergeben.¹¹¹⁴ Gleichzeitig wird in Konsequenz der Entlastung der Strafgerichte eine deutliche Zunahme an Gefährdungshaftungsverfahren gegen die öffentliche Trägerschaft der Krankenhäuser festgestellt. Auch wenn keine offizielle Statistik geführt wird, so wird für die Jahre 1991 und 1992 von ungefähr 400 Klagen gegen Ärzte oder gegen Angestellte des Nationalen Gesundheitsinstituts berichtet. Diese Zahl schließt freilich nicht die Klagen gegen die Häuser in regionaler Trägerschaft ein.¹¹¹⁵ Für die gesamte Beurteilung des gegenwärtig eintretenden Wechselverhältnisses zwischen zivil- und strafrechtlicher Haftung in Spanien wird u. a. die inzwischen flächendeckende und effiziente medizinische Versorgung, insbesondere aber die ständig steigende soziale Entwicklung und eine stärker fordernde Verhaltensweise der Bürger bezüglich der zur Verfügung stehenden Ressourcen beobachtet. Die steigende Bereitschaft, zivil- und strafrechtliche Haftungsprozesse zu führen, wird auch damit begründet, dass die Verwaltungen der medizinischen Einrichtungen es nicht vermocht haben, der Unzufriedenheit der Bevölkerung eine schnelle und befriedigende Behandlung entgegenzusetzen, obwohl dafür 1992 ein entsprechendes Gesetz verabschiedet wurde.¹¹¹⁶ Die geplanten Verwaltungsvereinfachungen haben nicht die erwarteten Auswirkungen auf den Medizinbetrieb im Bereich der öffentlichen Gesundheitsfürsorge gehabt.

Insgesamt folgt das Fahrlässigkeitsdelikt Spaniens im dogmatischen Aufbau weitestgehend dem deutschen Ansatz. So ist neben der Sorgfaltswidrigkeit, die im Arzthaftungsrecht auf dem Gebiet des Strafrechts in der Verletzung besonderer Berufsregeln zu sehen ist, die Körperverletzung des Patienten notwendig.¹¹¹⁷ Schließlich gehört ferner die Kausalität zwischen dem Fehlverhalten des Arztes und der Körperverletzung genau so zur Deliktsbeschreibung wie der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Fehler und Fehlbehandlung.¹¹¹⁸ Diese vier Elemente des Fahrlässigkeitsbegriffs sind in der spanischen Rechtsprechung

¹¹¹⁴ Vgl. hierzu Vierter Teil, A.II. 2.

¹¹¹⁵ Katalonien, Andalusien, Baskenland und Navarra.

¹¹¹⁶ Ley de Regimen Juridico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Comun, 25.11.1992

¹¹¹⁷ Martinez-Pereda Rodriguez, La responsabilidad penal del medico y del sanitario. (Colex, madrid 1990), pp. 63 ff.

¹¹¹⁸ Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Espanol. Parte General I, S. 390 f., Ausführlich zu den Begriffen der spanischen sorgfaltswidrigkeit in der Medizin Romeo-Casabona/ Hernandez-Placencia/Sola-Reche, Medical Law – Spain, in International Enzyklopaedia of Laws 1994, Supplement 3 (July 1994), S. 68 ff.

grundsätzlich akzeptiert, wenn auch in der Literatur Fragen des Rechtswidrigkeitszusammenhangs gegenwärtig intensiv diskutiert werden.¹¹¹⁹

In Fällen, in denen der Arzt den Patienten eigenmächtig behandelt, kommt nach dem spanischen Recht nur eine Rechtfertigung über den Notstand (Art. 20 Nr. 5 span. StGB) oder im Falle einer rechtmäßigen Ausübung des Berufes (Art. 20 Nr. 7) in Betracht.¹¹²⁰

d) Belgien

Einen eher traditionellen Ansatz verfolgt das belgische Recht. Im Code Penal sind fahrlässige oder vorsätzliche Körperverletzungen unter den Art. 418 f. erfasst. Dabei geht die Cour de cassation von Belgien davon aus, dass der in den Art. 84 f. Code Penal strafbewehrte ärztliche Fehler identisch mit dem im Zivilrecht zur Haftung führenden Fehlern ist. Hierfür ist der Anknüpfungspunkt in den Art. 1382 und 1383 des Code Civil gegeben. Auf Grund dieser Tatsache bilden im Zivilrecht wie auch im Strafrecht schon die geringsten Fehler die Grundlage für die strafrechtliche Verantwortung ohne Unterschied in Art und Weise. Der große Vorteil einer einheitlichen Behandlung von Fahrlässigkeit und Fehlern im Straf- und Zivilrecht muss in der Einheitlichkeit der Rechtsprechung beider Bereiche gesehen werden. Das führt in Belgien letztendlich zu der Konsequenz, dass immer dann, wenn der Arzt vom Vorwurf eines Behandlungsfehlers freigesprochen worden ist, auch der Schadensersatzanspruch auf dieser Grundlage ins Leere laufen würde.¹¹²¹

e) Frankreich

In Frankreich ist die Novellierung des Strafgesetzbuches im Sommer 1992 abgeschlossen und der alte Code Penal am 1.9.1993 aufgehoben worden.¹¹²² Der völlig umgestaltete Code Penal rückt den Schutz der Person stärker in den Mittelpunkt. Für Patientenrechte bildet der damit eingetretene verstärkte Schutz der

¹¹¹⁹ Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Espanol. Parte General I, S. 393

¹¹²⁰ Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 474.

¹¹²¹ Dalcq, in: Medical Responsibility, S. 76, Rdn. B 18-19.

körperlichen Integrität, Freiheit und Würde einen herausragenden Stellenwert. In den Art. 221 - 6 f. sind die Verletzungen der persönlichen Integrität sanktioniert. Die Art. 222 - 19 f. enthalten neue Strafbestimmungen für eine vorsätzliche Erhöhung von Schmerzen sowie weitere Regelungen für die vorsätzliche Verletzung von Sicherheits- oder Sorgfaltsmaßstäben, die durch Gesetz oder andere Vorschriften auferlegt werden. Schließlich ist ein Straftatbestand eingeführt worden, der die bloße Gefährdung einer Person ohne Eintritt eines Schadens dann unter Strafe stellt, wenn eine abstrakte Gefahr für Leib oder Leben hervorgerufen wurde. Jedenfalls sind in der französischen Regelung starke Parallelen zur deutschen Situation zu finden, denn der ärztliche Heileingriff wird ebenfalls als tatbestandliche Körperverletzung angesehen.¹¹²³ Da man aber das menschliche Leben ebenso wie die Unversehrtheit des Körpers als unverfügbar ansieht,¹¹²⁴ ist nur die "Autorisation de la loi" als notwendige Bedingung einer Straflosigkeit akzeptiert. Sie stellt insofern, wie sie in Art. 122-4 Abs. 1 Code Penal explizit normiert, einen Rechtfertigungsgrund dar.

Daneben spielt im französischen Recht das Adhäsionsverfahren eine herausragende Rolle. Durch den weitgehenden vereinheitlichten Maßstab zwischen Zivil- und Strafrecht wird automatisch mit Einreichen der Zivilklage ein Strafverfahren eröffnet. Der Nachteil des Adhäsionsverfahrens wird im Wesentlichen darin gesehen, dass die Ablehnung fahrlässigen Verhaltens auch für den Zivilprozess Schadensersatzansprüche des Patienten ausschließt.¹¹²⁵

f) Griechenland

Das 16. Kapitel (Art. 308 - 315 a) des griechischen Strafgesetzbuches enthält die Vorschriften zu den Körperverletzungsdelikten. Wie die deutsche Dogmatik, geht auch die Lehre in Griechenland davon aus, dass nur dann die Strafbarkeit wegen einer Körperverletzung entfällt, wenn der Patient eingewilligt hat oder wenn eine mutmaßliche Einwilligung gegeben ist. Des Weiteren kennt das griechische Strafrecht hinsichtlich der Patientenrechte keine Besonderheiten. Lediglich in einigen Sondergesetzen und Verordnungen über die Ausübung des ärztlichen Berufes sind

¹¹²² Im Einzelnen dazu vgl. Merigeau in: Eser/Huber, Strafrechtsentwicklung in Europa, Band 4.1, S. 474.
¹¹²³ Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 472
¹¹²⁴ Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 474

konkrete Pflichten für Ärzte enthalten, die sich auf Notfälle, Transplantationen, Experimente und den sorgfältigen Gebrauch von medizinischen Instrumenten beziehen.¹¹²⁶ Freilich muss darauf hingewiesen werden, dass im Bereich der Körperverletzung im griechischen Recht die Einwilligung des Verletzten nur für die einfache und leichtere, nicht jedoch für gefährliche und schwere Körperverletzungen gilt (Art. 308, § 2 GrStGB). Für diese nicht rechtfertigbaren Fälle versucht eine Ansicht, eine Rechtfertigung entweder über das erlaubte Risiko oder über den sozialadäquaten Charakter der Handlung zu erreichen. Dagegen wird ähnlich wie im deutschen Recht in der griechischen Literatur überwiegend die Auffassung vertreten, dass der *lege artis* durchgeführte Heileingriff bereits nicht den Tatbestand einer strafbaren Körperverletzung erfüllen kann.¹¹²⁷

g) Italien

Im italienischen Strafrecht fehlen besondere Vorschriften, die speziell auf den Patientenschutz ausgerichtet sind. Gleichwohl ist auf das Gesetz vom 13. Mai 1978 hinzuweisen, das speziell die Fragen über freiwillige und zwangsweise Untersuchung und Behandlung betrifft. Hierbei handelt es sich um ein Gesetz, das auch die Fragen der Aufklärung regelt.¹¹²⁸ In den Art. 582 und 590 des Strafgesetzbuches ist die Körperverletzung geregelt, die sowohl als Fahrlässigkeits- wie auch als Vorsatzdelikt strafbar ist. Dabei wird im italienischen Strafrecht der Fahrlässigkeitsvorwurf gegen einen Arzt nur dort erhoben, wo eine ernsthafte bzw. schwerwiegende Verletzung des Sorgfaltsmaßstabs, den der Arzt anzulegen hatte, vorgelegen hat. Das Verfassungsgericht hat 1978 die Berücksichtigung des zivilrechtlichen Maßstabs der groben Fahrlässigkeit zur Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit abgelehnt.¹¹²⁹

Dabei kann die Risikoträchtigkeit den Arzt privilegieren. Insgesamt soll das Verhalten des Arztes nur dann strafrechtlich sanktioniert werden, wenn er den untersten Bereich an Regeln und Erfahrungen, die ein Arzt zu beachten hat, vernachlässigt. Dabei geht die neuere Entwicklung dahin, dass der zivilrechtliche

¹¹²⁵ Soyer, *Droit Penal et Procedure Penale*, 678

¹¹²⁶ Foutakis, in: *Medical Responsibility*, S. 323, Rn. GR 100.

¹¹²⁷ Foutakis, a. a. O., S. 316, Rn. GR 76 m. w. N.

¹¹²⁸ Busnelli/Zana, *Medical Responsibility*, S. 384, Rn. I 44.

¹¹²⁹ Busnelli/Zana, a. a. O., S. 376, Rn. I 17 f.

Fahrlässigkeitsbegriff im Strafrecht nicht angelegt werden soll. Entscheidend ist vielmehr die Situation des Einzelfalls unter Berücksichtigung der verfolgten Ziele und bestehenden Risiken. Dabei ist die Rechtsprechung insgesamt bemüht, den Arzt eher nachsichtig zu behandeln.¹¹³⁰ Allerdings wird darauf hingewiesen, dass erstinstanzliche Richter i. d. R. weniger Verständnis für ärztliches Verhalten aufbringen.¹¹³¹

Im Übrigen geht auch die italienische Jurisprudenz im Falle des ärztlichen Heileingriffs grundsätzlich vom Vorliegen einer tatbestandlichen Körperverletzung aus, die jedoch durch Einwilligung gerechtfertigt sein kann.

h) Holland

Im holländischen Arztrecht spielen die strafrechtlichen Vorschriften eine relativ geringe Rolle. Insbesondere stehen weniger die fahrlässige Körperverletzung oder Tötung, sondern vielmehr die Regelungen von Abtreibung, Sterbehilfe und Beihilfe zum Selbstmord im Vordergrund. Darauf wird an anderer Stelle eingegangen. Die Hauptursache für die relativ geringe Rolle des Strafrechts ist darin zu sehen, dass der Fehler des Arztes, der auf leichte Fahrlässigkeit zurückzuführen ist, nicht strafbar ist.¹¹³² Aus dieser Tatsache heraus begründet sich auch der Bedarf für eine besondere Gerichtsbarkeit.¹¹³³ Wie bereits ausgeführt, ist Sinn und Zweck des Medizinischen Tuchtgesetzes (Medical Discipline Act), die Qualität der ärztlichen Behandlung und die Einhaltung des Standards der ärztlichen Behandlung sicher zu stellen. Die einzelnen Disciplinary Courts sind mit Vertretern der Ärztschaft und mit Juristen besetzt. Das Verfahren wird durch eine schriftliche Beschwerde eingeleitet. Dabei kann dies nicht nur durch den Patienten, sondern auch durch andere, direkt vom Fall Betroffene oder deren Vertretern, geschehen. Offensichtlich grundlose Beschwerden werden sofort ohne weitere Prüfung verworfen. In anderen Fällen wird durch schriftliche Dokumente die mündliche Sitzung vorbereitet. Das Gremium selbst sammelt alle notwendigen Informationen. Zeugen und Sachverständige müssen wie bei gerichtlichen Ladungen erscheinen. Das Verfahren endet mit einem Spruch, der

¹¹³⁰ Busnelli/Zana, a. a. O., S. 377, Rn. I 22.

¹¹³¹ Busnelli/Zana, a. a. O.

¹¹³² Leenen/Gevers a.a.O., S. 424, Rn. NL 14 aE.

dem Beschwerdeführer und dem Arzt zugestellt wird. Solange diese Entscheidungen nicht veröffentlicht sind, gelten sie als geheim. Gegen diesen Spruch besteht die Möglichkeit der Berufung zum Central Medical Disciplinary Court.¹¹³⁴

Diese Art der besonderen Gerichtsbarkeit in Holland wird stets diskutiert, insbesondere wird es für fragwürdig gehalten, dass ärztliche Kollegen als Richter mitentscheiden. Auf der anderen Seite wird gleichzeitig betont, dass der Ausschluss der Öffentlichkeit vor dem Disciplinary Court dazu führt, dass die Fehler der Ärzte eingehender und deutlicher diskutiert werden können, ohne dass der Arzt befürchten muss, in der Öffentlichkeit angeprangert zu werden. Darüber hinaus wird es als Nachteil angesehen, dass die Disciplinary courts auf jeden Fall das Verfahren durchzuführen haben, während der Staatsanwalt zuerst darüber entscheiden kann, ob er das Verfahren überhaupt durchführt.

Insgesamt herrscht aber die Auffassung vor, dass insbesondere wegen der Besonderheiten im Bereich des Fahrlässigkeitsbegriffs die Disciplinary courts gut geeignet seien, den medizinischen Standard einzuhalten.¹¹³⁵

i) England und Schottland

Die Besonderheit der englischen und schottischen Entwicklung im Arztstrafrecht wurde bereits zusammenfassend zu Beginn dieses Abschnitts erwähnt. So bleibt es bei der Feststellung, dass das englische Recht nur sehr wenige Verurteilungen von Ärzten wegen Fehlverhaltens kennt.

j) Schweden

Die schwedische Verfassung von 1974 verbietet jedem medizinische Einflussnahme auf die Äußerungsfreiheit (Kapitel 2, § 5). Damit soll jedermann verfassungsrechtlich vor unfreiwilliger Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit durch den Staat

¹¹³³ Leenen/Gevers a.a.O., S. 424, Rn. NL 14, 15.

¹¹³⁴ Zu den Details ausführlich: Leenen/Gevers a.a.O., S. 424, Rn. NL 16.

¹¹³⁵ Leenen/Gevers, a. a. O., S. 425, Rn. NL 15 ff.

oder andere öffentliche Körperschaften im Zusammenhang mit medizinischer Behandlung geschützt werden. Entsprechend weit ist der Patient bei allen Formen der medizinischen Behandlung, Untersuchung und auch bei Bluttests geschützt. Das schwedische Strafbuch sieht die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht nur für die vorsätzliche, sondern auch für die fahrlässige Körperverletzung vor. Freilich existieren in Schweden nur wenige Entscheidungen, in denen Ärzte wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt worden sind.

k) Dänemark

Aus Dänemark wird von einem neuen strafrechtlichen Gesetz berichtet, das speziell dem Arztrecht dienen soll. Es geht um eine Regelung, die insbesondere der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten bezüglich aller Behandlungsmaßnahmen dient. Gleichzeitig soll der Arzt verpflichtet werden, den Patienten nicht nur über die geplante Behandlung, sondern auch über den weiteren Heilungsverlauf zu informieren.¹¹³⁶ Gibt es zwar bislang noch keinen Straftatbestand für die Heilbehandlung, so sind gleichwohl gewisse Sondervorschriften für die ärztliche Behandlung, wie beispielsweise im dänischen Ärztegesetz über die Aufklärung und Einwilligung des Patienten (§ 6 Abs. 2) sowie zur Strafbarkeit des Arztes bei Verletzung seiner Pflichten (§ 18) zu nennen.

l) Finnland

Nach der herrschenden Auffassung in Finnland soll bei einem eigenmächtigen, aber erfolgreichen Heileingriff in die körperliche Integrität der Tatbestand der Körperverletzung nicht erfüllt sein, da die Annahme einer Körperverletzung mit der Grundvorstellung vom ärztlichen Handeln unvereinbar sei.¹¹³⁷

m) Zusammenfassung

¹¹³⁶ Huber/Restle, Beobachtungen zur Strafrechtsentwicklung in Europa zwischen 1989 und 1993, in: Eser/Huber, Strafrechtsentwicklung in Europa, Band 4, S. 1887.

¹¹³⁷ Vgl. Lahti, in: Westerhäll/Philipps (Hrsg.), Patients Right's, 1994, S. 207, 213.

Man kommt damit zu dem Ergebnis, dass Rechtsordnungen mit **besonderen Straftatbeständen für die Heilbehandlung** lediglich in Portugal und Österreich existieren. Als Rechtsordnungen ohne tatbestandliche Ausgrenzungen sind die dänische, englische, französische, italienische, norwegische, schwedische und slowenische zu nennen. Dennoch soll hier in den meisten Fällen keine strafbare Körperverletzung vorliegen, da der Heileingriff entweder durch eine tatsächlich vorhandene Einwilligung oder aber zumindest durch mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt ist.

Neben den Ländern, die die **eigenmächtige Heilbehandlung** unter Strafe gestellt haben, gilt ein besonderes Augenmerk den andersartigen Entwicklungen. Hier ist auf die holländischen Medical Discipline Courts hinzuweisen.¹¹³⁸ Die Zurückdrängung der Strafverfahren bringt freilich eine andere, nicht zu übersehende gefährliche Entwicklung mit sich. Will man eine bestimmte Berufsgruppe aus der allgemeinen strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausklammern und einer eigenen Gerichtsbarkeit unterwerfen, so fragt es sich, ob damit nicht eine Einschränkung der Patientenrechte zu befürchten ist. Dem wäre jedoch entgegenzuhalten, dass wie bereits ausgeführt, gerade die strafrechtliche Haftung nicht dem Genugtuungsinteresse des Patienten dienen kann. Schließlich muss auch berücksichtigt werden, dass durch besondere Berufsgerichtsbarkeiten der Weg zu den ordentlichen Gerichten nicht verschlossen werden kann. Es handelt sich hier, ähnlich wie bei den ärztlichen Gutachter- und Schlichtungsstellen nur um vorgezogene Entscheidungsgremien.

Bei der Diskussion darf freilich nicht übersehen werden, dass in solchen Schlichtungsstellen oder auch bei Ombudsmannbüros¹¹³⁹ eine offenere und schnelle fachkundige Beratung des einzelnen Falles möglich ist. Solche Ombudsmann-Verfahren oder Schiedsstellen haben darüber hinaus für die Patienten den Vorzug, dass i. d. R. alle Verfahren verhandelt werden. Eine Ausnahme bilden lediglich die evident querulatorischen Anliegen. Die Durchführung der Einzelverfahren vermeidet - anders als in der deutschen Rechtsprechung - die Verfahrenseinstellungen durch den Staatsanwalt. Die Rechtssituation ist gerade für den Patienten viel

¹¹³⁸ Leenen/Gevers, in: Medical responsibility, S. 424, NL 15 ff.

befriedigender, wenn eine endgültige Entscheidung gefällt wird und nicht etwa wegen der Beweissituation die Frage offen bleibt. Von daher ist es zu begrüßen, dass die oben vorgestellten Entwürfe einer Charta der Patientenrechte die Einrichtung von Schieds- und Schlichtungsstellen vorsehen.

Daran sollte festhalten werden, obwohl eine größere Anzahl europäischer Staaten eine strafrechtliche Regelung des ärztlichen Behandlungsfehlers für nötig zu erachten scheint. Eine empirische Untersuchung in Deutschland hat Belege dafür gesammelt, dass ein Bedarf für eine solche Regelung nicht besteht, scheint eine größere Anzahl europäischer Staaten jedoch für diese Fälle eine Strafbarkeit für notwendig zu halten.¹¹⁴⁰ Zwar sind die einzelnen Tatbestände in den Ländern unterschiedlich ausgestaltet. Wichtig ist jedoch, dass die Motivation des Arztes, heilend zu handeln, nachhaltig berücksichtigt wird, weil auch der Heileingriff ohne Zustimmung des Patienten nicht als Angriff auf Leib oder Gesundheit des Patienten bewertet wird.¹¹⁴¹ Dieses Argument greift insbesondere für die deutsche Diskussion, so dass es wirklich widersinnig erscheint, auch den erfolgreichen Heileingriff, wenn er medizinisch indiziert und *lege artis*, allerdings ohne Einwilligung ausgeführt ist, als Körperverletzung zu betrachten.¹¹⁴²

4. Schlussfolgerungen zur Stärkung der Patientenrechte

Sowohl der empirische Forschungsansatz wie auch der rechtsvergleichende Blick eröffnen verschiedene Wege, den Kernbestand des Strafrechts, nämlich den Körperverletzungstatbestand im Arztrecht zu erfassen. Rechtsvergleichung wie Empirie führen zunächst einmal zur Erkenntnis, dass der wirkliche Handlungsbedarf weitaus geringer ist als der oft wissenschaftlich vermutete. Insbesondere die seit 1910 andauernde Diskussion in Deutschland zur Einführung eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung scheint überholt. Auch der letzte Versuch des Bundesministeriums der Justiz mit dem Referentenentwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts 1996 macht besonders deutlich, dass der Weg des Versuchs

¹¹³⁹ Solche Ombudsmannprogramme werden in einigen amerikanischen Bundesstaaten, aber auch in Norwegen vorgeschlagen, vgl. Molven, O. Pasientombudsordningen-edbidrag til rettsikkerhet og kvalitet i helsevesenet?, in: Lov og Rett 1991, S. 195 ff.

¹¹⁴⁰ Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 475.

¹¹⁴¹ Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 475.

einer Regelung auf tatbestandlicher Ebene in die Irre führen muss. Insbesondere, wenn man wie mit dem Entwurf § 230 RefE einen neuen Tatbestand des fahrlässigen Behandlungsfehlers schaffen will, führt das zu einem Sonderstrafrecht für Ärzte. Es gibt allerdings einige europäische Länder (eben Spanien, Dänemark und Finnland), die von vornherein eine Beschränkung versucht haben, indem unwesentliche Eingriffe aus dem Katalog der körperlichen Eingriffe, die tatbestandsverletzend sein können, ausgeblendet werden.¹¹⁴³

Im Übrigen wird es freilich jedem Gesetzgeber schwer fallen, im Einzelnen die Fälle, die die tatbestandliche Handlung bei einer fehlerhaften Heilbehandlung ausmachen, genau zu beschreiben. Auch der Versuch - und dies hat die Diskussion um den Entwurf des Bundesjustizministeriums im Frühjahr 1997 deutlich gezeigt - der nämlich zur Privilegierung des Arztes im Falle einer Heilbehandlung, die zu einem Fehler führt, anstrebt, ist aussichtslos. Dafür ist ärztliche Tätigkeit im Einzelfall zu vielfältig und heute kaum noch, abgesehen von den Fällen bei einem allein praktizierenden niedergelassenen Arzt, in Behandlungsbeziehungen eingebettet, die kaum noch eine individuelle Verantwortlichkeit im strafrechtlichen Sinne nachweisen lassen. Noch problematischer wird es, wenn man über eine Spezialregelung die für Strafbarkeit des fahrlässigen Behandlungsfehlers - so sah es der Entwurf des Bundesjustizministeriums in § 230 vor - versucht des Problems Herr zu werden. Insbesondere hatte nämlich § 229 Abs. 1 RefE eine Strafbarkeit für die Fälle vorgesehen, dass der Arzt "ohne wirksame Einwilligung" gehandelt hat. Im konkreten Fall hätte das bedeutet, dass dem Arzt in jedem Einzelfall seitens der Staatsanwaltschaft nachzuweisen war, dass die erforderliche Einwilligung nicht gegeben ist. Mit der Anknüpfung an die Einwilligung, die über das Fahrlässigkeitsdelikt haftungsbegrenzende Wirkung entfalten sollte, wird aber die gesamte Auflärungsproblematik in diesen Bereich hineingezogen. Die hierzu ergangene Rechtsprechung in ihrer Unübersichtlichkeit und Kompliziertheit hätte faktisch verhindert, dass es jemals zu einer wirksamen Strafverfolgung gegen einen Arzt gekommen wäre. Es kann von niemanden ernstlich für die individuelle strafrechtliche Haftung verlangt werden, die heute so weitgehend ausdifferenzierte Rechtsprechung zu kennen oder gar vorherzusehen.¹¹⁴⁴ Und schließlich kann es vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, Patientenrechte gerade dadurch zu stärken,

¹¹⁴² Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 475.

¹¹⁴³ Ähnliches findet sich in § 229 StGB; Vergleiche dazu ausführlich Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 477ff.

¹¹⁴⁴ Vergleiche zum Ganzen Schreiber, Hirsch-Festschrift, S. 713, 720

dass jede Verletzung der Aufklärungspflicht wirklich zur Strafverfolgung führen soll. Eine solche Regelung wäre schon angesichts der Belastung der Justiz in der Praxis kaum durchsetzbar. Schreiber hat zu Recht auf die Probleme in diesem Zusammenhang hingewiesen.¹¹⁴⁵ Auch eine Lösung, wie es damals das Bundesjustizministerium vorgesehen hat, nach der die Formel "ohne wirksame Einwilligung" zum Tatbestandsmerkmal gemacht werden sollte, ist kein Ausweg. Hier könnte zwar der Arzt im Einzelfall wegen eines Tatbestandsirrtums aus der Haftung entlassen werden. Aber auch ein solcher Weg würde zu einem unglaublichen Aufwand in der Strafverfolgung führen, die keine wirkliche Stärkung von Patientenrechten nach sich ziehen kann. Im Gegenteil würde die Unsicherheit in der Praxis größer. Vielmehr wäre zu befürchten, dass die Ärzte gerade wegen der drohenden Bestrafung zu einem Aufklärungsschematismus greifen, der individuellen Problemen nicht mehr gerecht werden kann.

Schließlich kann nicht übergangen werden, dass auch die Bestimmtheit einer solchen Norm schwerwiegenden Bedenken ausgesetzt ist. Dies bestätigt auch die Rechtsvergleichung, denn in Österreich und Portugal ist die eigenmächtige Heilbehandlung nur unter der Prämisse des Vorsatzdelikts als strafwürdig angesehen worden (§ 110 Abs. 1 öStGB; Art. 156 Abs. 1 portStGB).¹¹⁴⁶

Auch die Möglichkeit, die ärztliche Haftung auf die Fälle der groben Fahrlässigkeit, sei es bei Behandlung oder Aufklärung zu beschränken, erscheint wenig aussichtsreich. Die deutsche Diskussion um den Entwurf des Bundesjustizministeriums hat gezeigt, dass eine solche Privilegierung der Ärzteschaft nicht ernsthaft gewollt sein kann. Allein ergeben sich schon bei der Fassung des Gesetzes kaum zu überwindende Schwierigkeiten.¹¹⁴⁷

5. Ausblick

Insgesamt bleibt der Eindruck bestehen, dass es dem einzelnen Patienten in vielen Ländern Europas trotz teilweise sehr durchstrukturierter zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche und der Möglichkeit, mit Hilfe der Staatsanwaltschaft dem Anliegen nochmals Nachdruck zu verleihen, sehr schwer bleibt, sich gegenüber

¹¹⁴⁵ Schreiber aaO. S. 721

¹¹⁴⁶ Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 475 ff.

¹¹⁴⁷ Vergleiche ausführlich dazu Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 475 ff.

einem gut organisierten Netz der medizinischen Versorgung durchzusetzen. Wenn insbesondere auch in den nordischen Ländern die Haftungsablösung durch eine Versicherung oder die Versicherbarkeit der Haftung diskutiert wird, so ist insbesondere in den Vereinigten Staaten doch die Tendenz zur Versicherung der Haftung zu beobachten.

Hier scheint auch das wirkliche Anliegen der Patienten verortet zu sein. Findet sich eine schnelle Regelung, die den Schaden des Patienten reguliert, dann ist sein Interesse an strafrechtlicher Verfolgung des Arztes gering. Eine solche Versicherungslösung hätte darüber hinaus gerade im Bereich der Fälle, die Bagatelldelikte sind, eine Entlastung der Justiz zur Folge, die eben wie die empirischen Forschungen zeigen auch zu kaum brauchbaren Ergebnissen sonst führen kann. Abschließend sei nur angedeutet, dass gerade in der DDR die Behandlungsfehler, wenn auch auf einer anderen Ebene und anderen Anspruchsvoraussetzungen, weitgehend durch Versicherungslösungen abgedeckt waren. Jedenfalls besteht bislang der Eindruck, dass selbst wenn man davon ausgeht, dass die Arzt - Patienten - Beziehung zu DDR-Zeiten stärker paternalistisch geprägt war, so war, ohne dass diese Aussage auf empirischer Basis beruht, doch die Zufriedenheit der Patienten mit der Lösung der Arzthaftungsprobleme größer als sie heute nach der Wende ist.

III. Vertraulichkeit und Schweigepflicht

1. Bedeutung für Arzt und Patient

Ein weiterer wesentlicher Aspekt der Sicherung von *Patientenrechten* ist die ärztliche Schweigepflicht. Sie ist Grundvoraussetzung der ärztlichen Behandlung. Der Arzt ist darauf angewiesen, dass der Patient ihn über alle wesentlichen persönlichen Daten informiert, um eine Diagnose stellen und eine therapeutische Behandlung durchführen zu können.¹¹⁴⁸

Dem Patienten kommt es indes darauf an, dass die von ihm gelieferten Daten

vertraulich behandelt werden.¹¹⁴⁹ Schon der **Eid des Hippokrates** zeigte die ethischen Grundüberzeugungen der ärztlichen Berufsausübung, die bis heute unverändert geblieben sind. Dort heißt es: "Was immer ich sehe und höre bei der Behandlung oder außerhalb der Behandlung im Leben der Menschen, so werde ich von dem, was niemals nach außen ausgeplaudert werden soll, schweigen, indem ich alles derartige als solches betrachte, das nicht ausgesprochen werden darf."¹¹⁵⁰

2. Rechtsgrundlagen

Die Pflicht des Arztes zu schweigen, ist gleich mehrfach normiert. Neben der Schweigepflicht als **Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag** und der in § 9 der **Musterberufsordnung**¹¹⁵¹ ist in strafrechtlicher Hinsicht **§ 203 StGB** zu nennen.¹¹⁵² Damit soll sichergestellt werden, dass der Patient stets darauf vertrauen kann, dass der Arzt über alles, was er im Zusammenhang mit der Behandlung über die zum persönlichen Lebensbereich gehörenden Geheimnisse schweigt.

3. Inhalt und Ausgestaltung der ärztlichen Schweigepflicht

Aus den europäischen Ländern wird übereinstimmend berichtet, dass der zitierte Satz aus dem Hippokratischen Eid in den jeweiligen Rechtsordnungen seinen Niederschlag gefunden hat. Der strafrechtliche Schutz der Geheimnisse und Informationen, die der Arzt von dem Patienten oder im Zusammenhang mit dessen Behandlung erfahren hat, ist gleichwohl nicht in allen Ländern ausdrücklich geregelt.¹¹⁵³

a) Gesetzliche Regelungen

Gesetzliche Regelungen der ärztlichen Schweigepflicht haben neben Deutschland

¹¹⁴⁸ Laufs, *Arztrecht*, Rn. 423.

¹¹⁴⁹ Giesen, *MML*, Rn. 834.

¹¹⁵⁰ Laufs, *Arztrecht*, Rn. 421.

¹¹⁵¹ DÄBl. 1997, A-2354.

¹¹⁵² Deutsch, *Medizinrecht*, Rn. 371; Ulsenheimer, *Arztstrafrecht* Rdn. 360; Laufs, *Arztrecht*, Rn. 420.

¹¹⁵³ Aus Spanien wird beispielsweise berichtet, dass der strafrechtliche Schutz der Vertraulichkeit nur unzulänglich ist, vgl. dazu Romeo-Casabona/Hernandez-Plasencia/Sola-Reche, *Medical Law - Spain*, § 4, Rdn. 141.

(§ 203 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB) auch Österreich (§ 121 öStGB, § 54 ÄrzteG 1998), die Schweiz (§ 321 schweizerisches StGB, durch das DSG [Bundesgesetz zum Datenschutz vom 16.12.1992] insbesondere mit Art. 35 DSG wurde der Schutz noch verstärkt, sowie § 320 schweizerisches StGB für das Amtsgeheimnis), Griechenland (das griechische StGB enthält in Art. 371 eine detaillierte Regelung, die die ärztliche Schweigepflicht betrifft), Spanien (Art. 497 bis Art. 192 und Art. 192 bis des Código Penal, sowie in Art. 10.1 und 10.3 des Ley General de la Sanidad), Frankreich (der französische Code Penal hat früher in Art. 378 und mit dem In-Kraft-Treten des neuen Code Penale vom 1. März 1994 in Art. 226 bis 13 ff. die Verletzung des Berufsgeheimnisses strafbewährt), Schweden (in Schweden wurde zu diesem Zweck ein spezielles Geheimhaltungsgesetz [sekreteslagen 1980] geschaffen), Portugal (Art. 184 portugiesisches StGB) und die Niederlande (Art. 272 des niederländischen StGB). Das seit 1998 geltende dänische Patientenrechtgesetz¹¹⁵⁴ sieht in Kapitel 5 ein Recht des Patienten auf Vertraulichkeit vor. Dagegen gibt es in England – trotz einer 1974 erhobenen Forderung einer Rechtskommission, den Vertrauensbruch gesetzlich zu normieren¹¹⁵⁵ - sowie in Schottland und Belgien keine gesetzlichen Regelungen, obwohl das Bestehen dieser Pflicht in der Praxis allgemein anerkannt ist.¹¹⁵⁶

b) Umfang der Schweigepflicht

Von der ärztlichen Schweigepflicht wird in Deutschland, der Schweiz und Frankreich nicht nur das umfasst, was der Patient dem Arzt expressis verbis anvertraut hat, sondern alle Fakten, die er im Zusammenhang mit der Behandlung des Patienten wahrgenommen hat.¹¹⁵⁷ Damit ist die ärztliche Schweigepflicht allumfassend. Sämtliche zum persönlichen Lebensbereich gehörenden Geheimnisse werden von diesem strafrechtlichen Schutz erfasst. Sicherlich handelt es sich hier um einen der weitesten und umfassendsten Aspekte des Schutzes von Patientenrechten, weil alles, was aus einem sachlich begründeten Interesse heraus schutzwürdig ist, dem

¹¹⁵⁴ Gesetz Nr. 482 vom 01.07.1998.

¹¹⁵⁵ Kennedy, in: Medical Responsibility, S. 146, Rdn. GB 92.

¹¹⁵⁶ Vgl. hierzu Blackie, Landesbericht England und Schottland, in: Fischer/Lilie, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, S. 145 ff., S. 242 ff.; Dalq, Landesbericht Belgien, ebd., S. 179 ff., S. 184 f.

¹¹⁵⁷ Für Deutschland ausführlich dazu Deutsch, Medizinrecht, Rn. 371 f.; für die Schweiz vgl. Rehberg in: Honsell, Handbuch des Arztrechts, S. 342 f.; zur Situation in Frankreich siehe Penneau in: Medical Responsibility, Rn. F 6 f.; für Spanien Romeo-Casabona/Hernandez-Plasencia/Sola-Reche, Medical Law – Spain, § 3, Rn. 137.

strafrechtlichen Schutz unterliegt.¹¹⁵⁸ Die Grenze ist also dort zu ziehen, wo der Patient im Einzelfall an der Geheimhaltung kein schutzwürdiges, das heißt kein sachlich begründetes Interesse mehr hat.¹¹⁵⁹ Aus diesem umfassenden Schutz heraus ergibt sich, dass neben den medizinischen Daten auch die privaten Erkenntnisse und alle weitergehenden Informationen, die der Arzt bei der Anamnese, beim Gespräch mit dem Patienten oder sonst im Zusammenhang mit der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit erhält. Im konkreten Einzelfall bedeutet das, dass der Arzt sehr sorgfältig abwägen muss, wie er mit den ihm anvertrauten Daten umgeht. Dabei hat die Rechtsprechung stets darauf verwiesen, dass bereits die Tatsache, dass jemand einen Arzt oder gar einen bestimmten Arzt (Gynäkologe, Psychiater) aufsucht, schutzwürdig ist. Man wird in der Praxis oft zwischen überzogenem Schutz und den praktischen Möglichkeiten des Einzelfalls sorgfältig zu differenzieren haben. Namensschilder an Krankenhaustüren, die also schon auf die Tatsache einer ärztlichen Behandlung hinweisen, werden in der Regel kein Problem bilden, weil der Patient die Verantwortlichen darauf aufmerksam machen kann, dass er nicht namentlich an der Zimmertür erwähnt werden soll.

§ 203 Abs. 1 StGB verbietet das **Offenbaren** des Geheimnisses. Der Arzt darf also das Geheimnis und seinen Träger - von seinen berufsmäßigen Gehilfen abgesehen - nicht an Dritte, denen die Tatsache nicht bekannt ist, weitergeben, selbst wenn der außenstehende Dritte ebenfalls zum Kreis der von § 203 StGB erfassten schweigepflichtigen Personen zählt.¹¹⁶⁰ Die Weitergabe kann durch Worte, Schrift, Bilder oder auf sonstige Weise erfolgen.¹¹⁶¹ Das **Offenbaren** kann dabei auch durch Unterlassen begangen werden, so z. B. wenn der Arzt Patientenunterlagen liegen lässt und dadurch die Einsichtnahme bzw. Mitnahme seitens Unbefugter ermöglicht wird.¹¹⁶² Gemäß § 204 StGB ist der Arzt nicht befugt, das Geheimnis zu verwerten, also den in dem Geheimnis verkörperten Wert um Zwecke der Gewinnerzielung für sich oder einen anderen selbst wirtschaftlich zu nutzen.¹¹⁶³

¹¹⁵⁸ Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, § 70 Rn. 1 ff.

¹¹⁵⁹ Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, § 70 Rn. 3; Tröndle/Fischer, § 203 Rn. 5; Schönke/Schröder/Lenckner, § 203 Rn. 7.

¹¹⁶⁰ LK-Schünemann, § 203 Rn. 41 ff.

¹¹⁶¹ Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, § 70, Rn. 8.

¹¹⁶² Lackner/Kühl, § 203, Rn. 17.

¹¹⁶³ Schönke/Schröder/Lenckner, § 204, Rn. 5.

4. Schweigepflichtige Personen – die personelle Reichweite der Schweigepflicht

a) Ärzte

Es ist selbstverständlich, dass sämtliche mit der Behandlung befassten Ärzte der Schweigepflicht unterliegen. Es spielt dabei das Anstellungsverhältnis keine Rolle. Das bedeutet, dass auch die Ärzte, die im Rahmen der Behandlung nur Befunde anfertigen, wie etwa Laborärzte und Pathologen, ebenfalls in den Kreis der Schweigepflichtigen mit einbezogen sind. Allerdins sind auch Ärztegruppen denkbar, bei denen die Tätigkeit von vornherein dazu führt, dass Einschränkungen bei der Schweigepflicht angenommen werden müssen. Dies ergibt sich in erster Linie für Truppenärzte, Amtsärzte, Ärzte des medizinischen Dienst sowie im Einzelfall Betriebs- oder Gefängnisärzte.¹¹⁶⁴

b) Berufsmäßig tätige Gehilfen

Besonders wichtig ist, dass die berufsmäßige Verschwiegenheitsverpflichtung nicht nur den Arzt selbst, sondern auch die bei ihm berufsmäßig tätigen Gehilfen ebenso umfasst, wie die Personen, die sich in der Ausbildung befinden, also zur Vorbereitung auf den Beruf bei einer Ärztin oder einem Arzt tätig sind. Diesem Kreis gehören neben dem Kreis der Arzthelferinnen und Sprechstundenhilfen die medizinisch technischen Assistenten, ebenso wie Röntgenassistenten und alle, die in diesen Berufsfeldern ausgebildet werden.¹¹⁶⁵ Anderes gilt nur für das Reinigungspersonal.¹¹⁶⁶ Da diese von § 203 nicht ausdrücklich erfasst werden, sind insofern Vorkehrungen zu treffen, dass die Geheimnisse, d. h. insbesondere die Krankenakte vor ihnen sicher verschlossen bleibt.¹¹⁶⁷ Zu den berufsmäßig tätigen Gehilfen gehören selbstverständlich auch die Pflegekräfte, ebenso wie die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in den Sekretariaten.¹¹⁶⁸

Gestritten wird über die Einsichts- und Informationsrechte der Krankenhausverwaltung. Diese ist lediglich administrativ tätig, mit der Behandlung

¹¹⁶⁴ Schönke/Schröder/Lenckner, § 203 Rn. 35; Rehborn, Arzt, Patient, Krankenhaus, S. 125; Lackner/Kühl § 203 Rn. 2; Laufs, NJW 1980, 1315, 1319; Schlund, in: Laufs/Uhlenbruck, § 75 Rn. 1.

¹¹⁶⁵ Rehborn, a. a. O., S. 126; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 373.

¹¹⁶⁶ Rehborn, a. a. O., S. 126.

¹¹⁶⁷ Rehborn, a. a. O., S. 126.

¹¹⁶⁸ So Schlund, in: Laufs/Uhlenbruck, § 75 Rn. 45; zur Schweigepflicht im Krankenhaus siehe Bruns/Andreas/Dehong, ArztR 1999, 32; Rehborn, a. a. O., S. 126.

nicht befasst, hat aber über Abrechnungs-, Dienstbücher und andere Vorgesetztenrechte weitgehende Zugriffsmöglichkeit auf Patientengeheimnisse. Sicherlich ist der Krankenhausträger gem. § 120 SGB V berechtigt, das Honorar des Chefarztes der bei Kassenärztlichen Vereinigung abzurechnen. Selbst wenn in der Literatur sich Stimmen mehren, die die Ärzteschaft insofern stützen, als sie eine Schweigepflicht, mit anderen Worten also ein Schweigerecht des Arztes gegenüber der Krankenhausleitung annehmen, so scheint dieses Ergebnis sachfremd.¹¹⁶⁹ Sicherlich ist es wichtig, gerade im Bereich des Vertrauensschutzes die Patientenrechte umfassend auszugestalten. Auf der anderen Seite weiß heute jeder Patient, der sich in ärztliche Behandlung ins Krankenhaus begibt, dass der behandelnde Arzt gar nicht in der Lage ist, die Abrechnung für die Behandlung vorzunehmen. Jeder Mann und jede Frau weiß und sieht von vornherein voraus, dass die Abrechnung im Rahmen des Behandlungsverhältnisses durch Dritte erfolgen muss.¹¹⁷⁰ Um ein der Wirklichkeit entsprechenden aber effektiven Patientenschutz zu gewährleisten, ist deshalb zu differenzieren: Dinge, die für den Patienten übersichtlich und vorhersehbar und aufgrund des allgemeinen Wissens nachvollziehbar sind, sollten nicht wirklichkeitsfremd geregelt werden. Deshalb ist dort abzugrenzen, wo es um bloße Abrechnungsdaten im Verhältnis zu wirklich behandlungsrelevanten Aspekten geht. Die gesamte ärztliche Dokumentation mit allen Einzelheiten über das Behandlungsverhältnis sollte der Krankenhausverwaltung verschlossen bleiben. Neutrale und nur abrechnungsrelevante Tatsachen wie etwa die Aufenthaltsdauer, gegebenenfalls noch eine Diagnose auf der Basis des Diagnoseschlüssels sollten aber mitteilbar bleiben. Will in Einzelfällen die Krankenhausleitung mehr wissen, ist es eine leicht zu überwindende Hürde, die Einwilligung des Patienten in jedem konkreten Fall einzuholen. Diese Sicherheit muss der Patient haben, denn ihm alleine steht das Verfügungsrecht über das Geheimnis zu. Dritte dürfen in diesem Zusammenhang nicht entscheiden, was vernünftig oder gar unvernünftig wäre.¹¹⁷¹

Damit wird also in Deutschland auch das **ärztliche Hilfspersonal** von der Bestimmung der ärztlichen Schweigepflicht erfasst (siehe § 203 Abs. 3 StGB). Ähnliche Regelungen finden sich in Österreich (§ 121 ÖStGB), der Schweiz (§ 321

¹¹⁶⁹ LAG Hamm, ArztR 1992, 187; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 337 d; LK-Schünemann, § 203 Rn. 45; Rehborn, a. a. O., S. 126.

¹¹⁷⁰ LAG Hamm, ArztR 1992, 187.

SchweizStGB) und Spanien.¹¹⁷² In Frankreich existiert demgegenüber eine von der Schweigepflicht ausgelöste Schutzfunktion des Patientengeheimnisses auch als besondere Überwachungspflicht des Arztes. Er hat nämlich darauf zu achten, dass seine Mitarbeiter wissen, dass sie einer Schweigepflicht unterliegen, und muss deren Einhaltung überwachen. Insoweit tritt neben die Schweigepflicht des Arztes die zusätzliche Pflicht zur Überwachung der Angestellten und Mitarbeiter.¹¹⁷³ Des Weiteren ist der Arzt ebenso dafür verantwortlich, dass das gesamte mit dem Patienten im Zusammenhang stehende Datenmaterial vor jeglicher Indiskretion geschützt und im Falle wissenschaftlicher Publikationen anonymisiert wird.¹¹⁷⁴

c) Versicherungsgesellschaften

Gegenüber Privatversicherern muss der Arzt keine Auskunft geben, so weit eine aktualisierte Entbindung der Schweigepflicht vom Patienten nicht nachgewiesen werden kann. Eine generelle Entbindung aller behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht, die der Patient beim Abschluss der Versicherung abgegeben hat, wird wegen Verstoßes gegen § 307 II Nr. 1 BGB als unwirksam erachtet. Nur bei Routineanfragen kann der Arzt auf die Mitteilung der Versicherungsgesellschaft vertrauen, der Patient habe ihn von der Verschwiegenheitspflicht entbunden.¹¹⁷⁵ Des Weiteren braucht ein privater Krankenversicherer Leistungen seines Krankenhauses und des Chefarztes nicht zu erstatten, wenn keine ausreichenden Belege zur Beurteilung der Notwendigkeit einer stationären Therapie vorliegen.¹¹⁷⁶

d) Privatärztliche und gewerbliche Verrechnungsstellen

Die ärztliche Schweigepflicht besteht auch gegenüber privatärztlichen und gewerblichen Verrechnungsstellen. Der Arzt darf die Patientendaten nur weitergeben, wenn er eine eindeutige und unmissverständliche Zustimmung des

¹¹⁷¹ Vergleiche dazu auch Rehborn, a. a. O., S. 127.

¹¹⁷² Romeo-Casabona/Hernandez/Plasencia/Sola-Reche, Medical Law – Spain, § 3, Rdn. 137.

¹¹⁷³ Penneau, in: Medical Responsibility, S. 168, Rdn. F 6.

¹¹⁷⁴ Penneau, a. a. O., S. 68, Rdn. F 6.

¹¹⁷⁵ Schlund, in: Laufs/Uhlenbruck, § 75, Rdn. 4.

¹¹⁷⁶ OLG Düsseldorf, MedR 1986, 328; Schlund, in: Laufs/Uhlenbruck § 75 Rdn. 4ff.

Patienten eingeholt hat.¹¹⁷⁷ Der Patient muss genau darüber informiert werden, welche Befugnisse die Abrechnungsstelle haben soll, z. B. nur Erstellung der Rechnung oder auch Honorareinzug.¹¹⁷⁸ Unterzeichnet der Patient ein Formular, indem es heißt, er sei mit der Weitergabe der Behandlungsunterlagen an eine Verrechnungsgenossenschaft einverstanden, so wird dieses von der Rechtsprechung als unwirksam erachtet. Der Patient könne dem Formular nicht entnehmen, dass er sich bei einem späteren Streit um dieser Honorarforderung der Abrechnungsstelle gegenüber sieht und mit dieser Gesundheitsfragen diskutieren muss.¹¹⁷⁹ Hat der Patient schon früher Rechnungen des Arztes durch eine Verrechnungsstelle erhalten und bezahlt, kann nicht eine stillschweigende Einwilligung des Patienten in die erneute Weitergabe der Abrechnungsunterlagen an die Verrechnungsstelle angenommen werden.¹¹⁸⁰

5. Zur Sondersituation des Arztes in Belgien

In Belgien wurde bislang der Arzt und nicht der Patient als „Herr“ des Geheimnisses betrachtet. Herkömmlicherweise konnte ausschließlich der Arzt darüber entscheiden, ob und wann er seine Pflicht zur Verschwiegenheit brechen sollte oder nicht, und zwar auch dann, wenn die Offenbarung den Interessen des Patienten widersprach.¹¹⁸¹ Zwar zeichnet sich in Belgien noch keine gesetzliche Regelung ab, doch gibt es gleichwohl eine neue Entwicklung. Anlässlich von Beweisproblemen wurde in zwei Fällen – im Schadensersatzprozess eines Betroffenen und in einem Verfahren, in das die Versicherung involviert war – gegen den Willen des jeweiligen Arztes entschieden, dass die Krankenakte herauszugeben war, was im Ergebnis einer Aufhebung der Schweigepflicht gleich kam.¹¹⁸² Die neue Tendenz ist den Gesetzesmotiven zum geplanten Art. 95 (Recht über die medizinische Information) des Gesetzes zum Versicherungsrecht vom 25. Juli 1992 zu entnehmen. Dort wurde die Haltung der Ärzte als „absolutistisch“ und deren „Ideen als überholt“ verurteilt. Ein medizinisches Geheimnis sei dem Patienten zuzuordnen. Sofern seine Interessen betroffen seien, müsse er das Recht haben, darüber zu entscheiden, ob das

¹¹⁷⁷ BGH, MedR 1991, 327.

¹¹⁷⁸ BGH, ArztR 1992, 81, 329; 1993, 396.

¹¹⁷⁹ OLG Köln, ArztR 1996, 175.

¹¹⁸⁰ BGH, NJW 1992, 2348.

¹¹⁸¹ Dalcq, Landesbericht Belgien, a.a.O., S. 179.

Geheimnis offenbart werden solle oder nicht. Der Kranke sei folglich selber „Herr“ über die Krankenakten, somit über das ihn betreffende Geheimnis und nicht der Arzt.¹¹⁸³ Inwieweit die Auffassung, die auch der deutschen Rechtslage entspricht, in Belgien gesetzlich verankert wird, bleibt anzuwarten.

6. Entwicklung in England und Schottland

Lange Zeit spielte die Frage der ärztlichen Schweigepflicht in England und Schottland keine Rolle. Erst im letzten Jahrzehnt wurden die ersten Fälle zum Bruch der ärztlichen Schweigepflicht in England entschieden und der Inhalt und Umfang der ärztlichen Schweigepflicht von den Gerichten umrissen.¹¹⁸⁴ Vorweg ist hier festzuhalten, dass das Recht zur Schweigepflicht des Arztes in England und Schottland weitgehend identisch ist¹¹⁸⁵, wengleich auch auf diesen Tatbestand in England und Schottland andere prozessuale Verfahren angewandt werden. So erkennt das schottische Recht als grundlegendes Prinzip die Möglichkeit des Betroffenen an, für den Fall des Bruches der Schweigepflicht Schmerzensgeld zu verlangen. Ob auch die Patienten in England diesen Anspruch fordern können, ist zur Zeit noch unklar. Einschlägige Entscheidungen tendieren in diese Richtung.¹¹⁸⁶ Grundsätzlich umfasst die Schweigepflicht – wie in den anderen Ländern auch – alle persönlichen Daten des Patienten und ist nicht nur auf die Information zur Identifizierung des Betroffenen beschränkt.

7. Schweigepflicht unter Ärzten

Gemäß § 9 Abs. 4 der Musterberufsordnung sind Ärzte auch untereinander schweigepflichtig.¹¹⁸⁷ Ferner ergibt sich aus § 140 a Abs. 2 Satz 2 SGB V, dass ein an der Integriertenversorgung teilnehmender Leistungserbringer auf die gemeinsame Dokumentation gemäß § 140 b Abs. 3 SGB V immer dann zurückgreifen kann, wenn

¹¹⁸² Dalcq, a. a. O., S. 184.

¹¹⁸³ Dalcq, a. a. O.

¹¹⁸⁴ Blackie, a.a.O., S. 245 f.

¹¹⁸⁵ Blackie, a. a. O.

¹¹⁸⁶ Blackie, a. a. O, S. 247; auch in Spanien wird ähnlich wie in Schottland der Schutz der Schweigepflicht über den Zivilrechtsweg erreicht, vgl. dazu Romeo Casabona/Hernandez-Plasencia/Sola-Reche, Medical Law – Spain, § 4, Rdn. 141.

der Versicherte, also der Patient, sein Einverständnis dazu erklärt hat. Wir stoßen also erneut auf eine sehr patientenbezogene Begrenzung der Durchbrechung der Schweigepflicht. Nur dort, wo ein Einverständnis des Patienten entweder anzunehmen ist oder tatsächlich vorliegt, ist eine entsprechende Erweiterung im Rahmen der einzelnen Behandlungssituation möglich, so dass der Kreis der schweigepflichtigen Personen größer wird.¹¹⁸⁸

a) Patientenüberweisungen

Ähnlich stellt die Situation sich dar, wenn ein Arzt den Patienten zu einem Facharzt oder zu einem anderen Kollegen oder Kollegin überweist. Es wurde davon ausgegangen, dass mit der Überweisung gleichzeitig auch ein Einverständnis des Patienten angenommen wurde, dass mit der Tatsache der Überweisung der nachbehandelnde Arzt berechtigt ist, den überweisenden Arzt von der weiteren Behandlung zu informieren. Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass gerade in der Beziehung zu einem weiterbehandelnden Arzt eine neue Situation entstehen kann, die mit neuen Daten auch neue Schutzaspekte hervorruft. Um hier eine bestmögliche Sicherung von Patientenrechten zu gewährleisten, sollte man sich auf das Prinzip einigen, dass auch vor der Versendung von Arztbriefen und anderen benachrichtigenden Unterlagen stets der Patient um seine Einwilligung gefragt wird. Diese wird häufig konkludent in der Bekanntgabe der Adresse dieses Arztes liegen.¹¹⁸⁹ Dagegen wird der Arzt, der weitere Befunde erhebt und zur Verfügung gestelltes Material wie Blut, Gewebe u. ä. untersucht, immer zu den Ärzten gehören, die in die Behandlung mit einbezogen sind.¹¹⁹⁰

In Ausnahmefällen kann eine Information nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten erfolgen. Dies ist bei der Behandlung durch Ärzteteams oder in einer Gemeinschaftspraxis anzunehmen.¹¹⁹¹ Das gleiche gilt für den Notarztdienst. Hier ist der nachbehandelnde Krankenhausarzt auf diese Information angewiesen, da der Notfallpatient häufig nicht in der Lage ist, entsprechende Informationen weiterzugeben. Da das Interesse des Patienten auf die Rettung seines Lebens

¹¹⁸⁷ BGH, ArztR 1992, 111, 112; Langkeit, NStZ 1994, 6, 7; Schlund, in: Laufs/Uhlenbruck, § 75 Rn. 1 ff.

¹¹⁸⁸ Rehborn, a. a. O., S. 129.

¹¹⁸⁹ Rehborn, a. a. O., S. 130.

¹¹⁹⁰ Rehborn, a. a. O., S. 130.

¹¹⁹¹ So Schlund, in: Laufs/Uhlenbruck, § 75 Rn. 1.

gerichtet ist, ist die Weitergabe dieser Fakten von der mutmaßlichen Einwilligung des Patienten gedeckt.

b) Ärztliche Schweigepflicht bei der Praxisveräußerung

Die Probleme der ärztlichen Schweigepflicht im Zusammenhang mit den vermehrt vorkommenden Fällen des Verkaufs einer ärztlichen Praxis können weitgehend als geklärt betrachtet werden. Gemäß § 10 Abs. 4 der Musterberufsordnung hat der Arzt dafür Sorge zu tragen, dass die Unterlagen in gehörige Obhut gegeben werden. Konkret bedeutet das, dass heute in der Praxis so verfahren wird, dass ein niedergelassener Arzt bei Fällen des Praxisverkaufs die ärztliche Dokumentation dem Nachfolger übergibt mit der Maßgabe, dass er auf die Dokumentation der Patienten nur zugreifen kann, wenn der jeweilige Patient zugestimmt hat. Die Patientenrechte sind auf bestem Weg gewahrt. Mit dem Besuch in der Praxis des neuen Inhabers gibt der Patient konkludent zu erkennen, dass dieser auch auf die Dokumentation des vorbehandelnden Arztes zurückgreifen soll. Auch in Krisen- oder Notsituationen ist ein Zugriff auf die vorangegangene Behandlung möglich. Sollte es dem Patienten im Einzelfall nicht Recht sein, hat er immer die Möglichkeit, es dem Arzt gegenüber ausdrücklich zu erklären.¹¹⁹²

8. Patientenakten und Rechnungshofskontrolle

Für Unruhe gesorgt hat eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Dieses ist nämlich der Ansicht, dass Rechnungshöfe im Rahmen ihres allgemeinen Prüfungsauftrags von Verfassungs wegen berechtigt sind, Einsicht in die Krankenakten von Psychatriepatienten einer Universitätsklinik zu nehmen.¹¹⁹³ Hiergegen werden Bedenken sowohl aus verfassungsrechtlicher wie auch aus medizinrechtlicher Sicht vorgetragen. Für den Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht fehlt den Rechnungshöfen eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Ihre Informationsbefugnisse sind nicht auf der Höhe des

¹¹⁹² Zu Schweigepflicht und Praxisveräußerung vgl. Schönke/Schröder/Lenckner, § 203 Rn. 24b, 28; LK-Schünemann, § 203 Rn. 110; Kamps, NJW 1992, 1545; Rehborn, a. a. O., S. 132 sowie später noch im Vierten Teil unter A. III. 11. c).
¹¹⁹³ NJW 1997, 1633; dazu Heintzen/Lilie, NJW 1997, 1601 mit umfangreichen w.N.; grundlegend zu dieser Problematik Hahne-Reulecke, Kontrollrechte des Rechnungshofes und Krankenakte, jur. Diss. Göttingen 1997; dieselbe, MedR 1988, 235.

Volkszählungsurteils des Bundesverfassungsgerichts. Die Rechtsprechung hat in den letzten Jahren Verfügungsrechte der Patienten über Krankenunterlagen stets gestärkt. Ein unbegrenztes Prüfungsrecht der Rechnungshöfe greift unverhältnismäßig in die Arzt-Patienten-Beziehung ein und beeinträchtigt Patientenrechte maßgeblich.¹¹⁹⁴ Wenn bei allen anderen Informationsansprüchen die zuvor hier dargestellt worden sind, die Vorhersehbarkeit für den Patienten ein maßgebliches Kriterium ist, so fehlt es gerade bei der Rechnungshofskontrolle an diesem Kriterium in besonders auffallendem Umfang. Der normale Patient, der ein Krankenhaus in öffentlicher Trägerschaft zur Behandlung aufsucht, rechnet nicht im Entferntesten damit, dass der Landesrechnungshof das Abrechnungsgebahren der Ärzte anhand einer Einsichtnahme in die Krankenakte überprüfen könnte. Wenn der Rechnungshof sein zugegebenermaßen umfassendes Einsichtsrecht geltend machen will, dann geht dies nur über den Weg der Anonymisierung der Krankenakte. Ein Ausweg böte sich weiter insofern, als der Rechnungshof die Einwilligung der betreffenden Patienten einholen muss. Dies ist auch nicht unverhältnismäßig, da Rechnungshofskontrollen stets stichprobenartig vorgenommen werden. Hier kann der Rechnungshof ohne Bedenken seine Stichproben ziehen, die entsprechenden Akten versiegeln und auf eine Einwilligung des Patienten warten. Dies ist unabweislich notwendig, um die Patientenrechte sicherzustellen.

Dem steht auch nicht entgegen, dass sich die Rechnungsprüfung überwiegend im grundrechtsfreien Innenbereich der öffentlichen Verwaltung vollzieht. Gerade im Fall der Patientenrechte sind selbstständige Grundrechtsträger betroffen, im Verhältnis zu denen die Rechnungshöfe eine Befugnisnorm vorweisen müssen. Dies ergibt sich nicht aus § 95 BHO von selbst. Auch die Schweigepflicht der Beamten des Landesrechnungshofs hilft nicht weiter.¹¹⁹⁵ Gemäß § 203 Abs. 2 StGB sind zwar diese von der grundsätzlichen Verschwiegenheitspflicht erfasst, jedoch zielt die Schweigepflicht der Amtsträger auf etwas anderes als die der ärztlichen Behandlung. Nicht die Geheimnisse, die ein Privater freiwillig und im eigenen Interesse einer dritten Person mitteilen muss, sollen durch die Schweigepflicht geschützt werden, sondern die dienstlich erlangten Geheimnisse, die nicht einem bestimmten Amtsträger, vielmehr dem Repräsentanten der Behörde gegenüber offenbart wurden.

¹¹⁹⁴ Vgl. Heintzen/Lilie, NJW 1997, 1601, 1604.

¹¹⁹⁵ Dazu Heintzen/Lilie, NJW 1997, 1601, 1603 m. w. N.

Somit kann aus der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht der Rechnungsprüfer - entgegen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts - nicht auf ein Akteneinsichtsrecht in psychiatrische Krankenakten geschlossen werden. In diesen Fällen fehlt nämlich gerade das konstituierende Element der klassischen Schweigepflicht des § 203 Abs. 1 StGB, dass nämlich eine bestimmte Person den Geheimnisträger individuell auf der Grundlage einer persönlichen Vertrauensbeziehung ausgesucht und ihm ihr Geheimnis offenbart.¹¹⁹⁶ Im Übrigen ist noch darauf hinzuweisen, dass, wie bereits ausgeführt,¹¹⁹⁷ die Tatsache, dass eine schweigepflichtige Person Empfänger des Geheimnisses ist, § 203 StGB unberührt lässt.

Um den Konflikt, der nach wie vor eher offen zu sein scheint, zu regeln, empfiehlt sich eine Ergänzung in § 203 StGB, die die Rechte des Patienten in diesen Fällen zuverlässig absichert. Hier scheint eine Einwilligung für eine Einsichtnahme in sensible Daten unabweislich.

9. Ärztliche Schweigepflicht und Steuerprüfung

Die Steuerprüfung der Finanzämter findet ihre Grenze, ähnlich wie die der Landesrechnungshöfe, an der ärztlichen Schweigepflicht. Freilich haben Erfahrungen in einzelnen Strafverfahren gezeigt, dass ärztliche Unterlagen gelegentlich weiterführende Informationen über die finanziellen Verhältnisse zwischen Arzt und Patient Auskunft geben können. Gemäß § 102 AO können Ärzte Finanzbehörden gegenüber in Besteuerungsfällen Information hinsichtlich ihrer Patienten zurückhalten. Dieses sog. Mitwirkungsverweigerungsrecht umfasst auch ein entsprechendes Auskunftsverweigerungsrecht.¹¹⁹⁸

10. Schweigepflicht und wissenschaftliche Forschung

Wissenschaftliche Publikationen haben zur Wahrung der Patientenrechte

¹¹⁹⁶ Hahne-Reulecke, a. a. O., S. 78.

¹¹⁹⁷ Vgl. die Ausführungen im Text bei Fn. 1160.

¹¹⁹⁸ Schlund, in: Laufs/Uhlenbruck, § 75 Rn. 26.

insbesondere das Recht am eigenen Bild des Patienten zu berücksichtigen. Im Übrigen sind im Zusammenhang mit der Mitteilung von wissenschaftlichen Forschungsergebnissen die Geheimnisinteressen der Patienten in vollem Umfang zu wahren. In der Regel wird eine Einwilligung des Patienten notwendig sein, wenn Details dergestalt publiziert werden sollen, dass Rückschlüsse auf den einzelnen Patienten möglich werden. Entsprechendes ist im § 15 Abs. 3 der Musterberufsordnung geregelt.¹¹⁹⁹

11. Ausnahmen von der ärztlichen Schweigepflicht

a) Einwilligung des Patienten zur Beschränkung des Schutzes seiner Geheimnisse

Der Geheimnisgeschützte kann stets über sein Geheimnis verfügen. Dies ist Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Durch verschiedene Arten von Entbindungserklärungen kann der Patient sein Geheimnis freigeben. Zunächst ist hier die ausdrückliche Entbindung von der Schweigepflicht anzusprechen. Geradezu selbstverständlich ist, dass der Patient, um den es geht, ausdrücklich eine Erklärung abgeben kann, mit der er anderen, insbesondere dem Arzt, einräumt, die Information an Dritte, die der Patient bestimmt hat, weiterzugeben. Die ausdrückliche Entbindung macht die Weitergabe zu einer befugten, so dass die Rechtswidrigkeit entfällt.¹²⁰⁰

Will man Patientenrechte wirklich ernst nehmen, so verbirgt sich hinter diesem scheinbar harmlosen Kriterium ein in der Praxis schwer wiegendes Problem. Häufig werden Patienten aufgefordert, zur Verfolgung ihrer eigenen Interessen eine Entbindung von der Schweigepflicht abzugeben. Diese Entbindungserklärungen für Gerichtsverfahren, Anwälte und Versicherungen sind häufig auffallend pauschal. Die Pauschalität dieser Erklärung birgt die schwer wiegenden Probleme, weil Patienten oft gar nicht übersehen, über welche Geheimnisse sie im Rahmen einer solch generellen Entbindung verfügen. Die Schweigepflichtentbindung gilt nur in dem jeweiligen Umfang, in dem der Patient den einzelnen Arzt zur Offenbarung befugt hat. Für den Fall das jemand eine Entbindung von der Schweigepflicht durch den

¹¹⁹⁹ Im Zusammenhang mit Schweigepflicht und wissenschaftlicher Forschung vgl. Ehlers/Tillmanns, RPG 1998, 88 ff.; Helle, MedR 1996, 15; Schlund, in: Laufs/Uhlenbruck, § 74, Rn. 52; Lippert/Strobel, VersR 1996, 427; Rehborn, a. a. O., S. 132 f.; siehe i. Ü. auch B. Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht.

¹²⁰⁰ Zum Meinungsstreit über die Einordnung des Merkmals "unbefugt" vgl. Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, § 71 Rn. 1 m. w. N.

Patienten begehrt, sollte dieser verpflichtet sein, den Patienten über die Konsequenzen einer solchen Entbindung aufzuklären und mit dem Wunsch nach einer Entbindung zugleich den konkreten Umfang der Entbindung festzulegen. Dies gilt insbesondere gegenüber Rechtsanwälten, Gerichten und Versicherungen.

Unter diesem Aspekt stellt sich ein besonderes Problem bei generellen Entbindungserklärung, die regelmäßig private Versicherer, wie Kranken-, Unfall- und Lebensversicherer von ihren Versicherungsnehmern verlangen. Zu Recht weist Schlund¹²⁰¹ darauf hin, dass hier besondere Vorsicht geboten ist. In der Regel wird davon auszugehen sein, dass so weit reichende Entbindungserklärungen als Verstoß gegen § 307 II Nr. 1 BGB als unwirksam zu behandeln sind. Eines der wesentlichen Argumente, das dafür angeführt wird, ist, dass häufig gar nicht nachvollziehbar ist, ob der Patient eine einmal gegebene Erklärung widerrufen hat, ob er an dieser Entbindungserklärung darüber hinaus noch festgehalten werden will.¹²⁰²

b) Konkludente Einwilligung

Nimmt man Patientenrechte ernst, so scheinen für eine konkludente Einwilligungserklärung nur wenige Fälle in Betracht zu kommen. Regelmäßig wird man das Schweigen eines Patienten gerade dort, wo es um die Wahrung der Persönlichkeitsrechte geht, nur restriktiv als Zustimmung interpretieren können. Man wird in solchen Situationen das Stillschweigen nicht als Zustimmung akzeptieren können. Es lassen sich nur wenig Fälle vorstellen, wie etwa Verfilmung und externe Archivierung, aber auch hier sollte berücksichtigt werden, dass in jedem Einzelfall die Möglichkeit besteht, eine ausdrückliche Einwilligung einzuholen. Für eine konkludente Erklärung bleibt dann sowieso wenig Raum.¹²⁰³

c) Mutmaßliche Einwilligung zur Entbindung

Fragen der mutmaßlichen Einwilligung werden in verschiedenen, in der Regel recht heiklen Fragestellungen relevant. Dies ist jüngst intensiv diskutiert worden im

¹²⁰¹

In: Laufs/Uhlenbruck, § 75 Rn. 4.

¹²⁰²

Schlund, in: Laufs/Uhlenbruck, § 75 Rn. 4.

Zusammenhang mit der Abrechnung über privatärztliche oder gewerbliche Verrechnungsstellen, schließlich bei bewusstlosen Patienten oder nach deren Tod und, wie bereits oben ausgeführt wurde, beim Verkauf einer Arztpraxis. Insbesondere in seinen Entscheidungen vom 10.07.1991¹²⁰⁴ und 11.12.1991¹²⁰⁵ hat der Bundesgerichtshof grundlegend Neues entschieden.¹²⁰⁶ Zu Recht wurde ausgeführt, dass mit dieser neuen Rechtsprechung eine gewachsene Sensibilisierung des Einzelnen einhergeht, dass persönliche Geheimnisse nachhaltig zu schützen sind und als Ausfluss des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gesehen werden.¹²⁰⁷ Diese Sensibilisierung schlägt sich darin nieder, dass die Rechtsprechung von der bisher herrschenden Auffassung abgewichen ist, dass gerade die Weitergabe von Daten an privatärztliche Verrechnungsstellen im mutmaßlichen Einverständnis des Patienten stünde. Zur Wahrung der Patientenrechte geht der BGH nunmehr davon aus, dass z. B. bloße Hinweise in Wartezimmern keineswegs ausreichen, um im Schweigen des Patienten ein stillschweigendes Einverständnis zur Weitergabe der Daten an Verrechnungsstellen sehen zu können. In der Regel wird man heute nicht mehr davon ausgehen können, dass es in der täglichen Praxis dem Patienten gleichgültig ist, ob eine private Verrechnungsstelle oder Praxisnachfolger ohne jede Einschränkung Zugriff auf vertrauliche Patientendaten haben können.¹²⁰⁸ Zunehmend haben Patienten verstanden, dass ihnen das Recht zusteht, über sich und ihre Daten selbstbestimmt zu verfügen. Daher ist die in der neuen Rechtsprechung vorgenommene Trendwende ein zutreffender Weg zur Absicherung der Patienten, da, wie Taupitz selbst ausführt, Leben und Gesundheit ein höchstes Gut seien und die Verfügung über die damit verbundenen Daten dem Patienten auch wirklich zustehen muss.¹²⁰⁹ Geht man also nach wie vor davon aus, dass die Hingabe der Chipkarte bedeutet, dass der Patient weiß, dass seine abrechnungsrelevanten Daten an die Kasse weitergegeben werden, so ist die Sache bei Privatpatienten anders zu beurteilen, da der Privatpatient eben nicht weiß, ob der Arzt regelmäßig Abrechnungseinrichtungen, also Dritte, für die Honorarberechnung und -abrechnung einschließt. Deshalb ist der

¹²⁰³ Zur konkludenten Einwilligung LK-Schünemann, § 203 Rn. 106; Lackner/Kühl, § 203 Rn. 19, Reborn, a. a. O., S. 136.

¹²⁰⁴ BGH, NJW 1991, 2955; dazu Bongon/Kremer, MDR 1991, 1031 und Taupitz, VersR 1991, 1213 und MedR 1991, 330.

¹²⁰⁵ NJW 1992, 737.

¹²⁰⁶ Ausführlich dazu Taupitz, MDR 1992, 421.

¹²⁰⁷ Ausführlich dazu Taupitz, a. a. O., S. 421 mit weiteren zahlreichen Nachweisen.

¹²⁰⁸ Anders aber Taupitz, a. a. O., S. 421, 422.

¹²⁰⁹ Taupitz, a. a. O., S. 421, 422.

Rechtsprechung darin zuzustimmen, dass nicht zuletzt auch aus Aspekten des Datenschutzes (§ 4 Abs. 2 Satz 2 BDSG verlangt hier eine schriftliche Erklärung) vom Privatpatienten zumindest formularmäßig bei Beginn der Verhandlung darauf hingewiesen wird, dass die Daten an die Privatverrechnungsstellen weitergegeben werden und der Patient dazu ausdrücklich zustimmt. In diesem Umfang bleibt also kein Raum für ein mutmaßliches Einverständnis, weil auch hier der Patient in die Lage versetzt werden muss, seine eigenen Interessen durch eine ausdrückliche Erklärung wahrzunehmen.

d) Schweigepflicht nach dem Tod

In § 203 Abs. 4 StGB ist ebenso wie in § 9 Abs. 1 der Musterberufsordnung ausdrücklich geregelt, dass die Schweigepflicht über den Tod hinaus geht und das Angehörige den Arzt nicht entbinden können.¹²¹⁰ Dabei ist darauf hinzuweisen, dass eine Entbindung durch die Angehörigen auch in diesen Fällen nicht in Betracht kommt.¹²¹¹

e) Offenbarung ohne Einwilligung des Patienten

In einigen Fällen ist die Interessenabwägung zwischen den schutzwürdigen Anliegen des Patienten einerseits und anderen übergeordneten Interessen gesetzlich geregelt. Dies gilt insbesondere für die Meldepflichten bzgl. ansteckender Krankheiten nach dem Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz).¹²¹² Dem gegenüber bestehen bei HIV-Positiven keine besonderen Meldepflichten, wohingehend der Arzt jedoch im Totenschein verpflichtet ist, unabhängig von der Schweigepflicht die Todesursache zu benennen.¹²¹³

Entgegen weitläufigen Missverständnissen in der Bevölkerung besteht keine

¹²¹⁰ Zum Ganzen vgl. Schöncke/Schröder/Lenckner, § 203 Rn. 70; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 368.

¹²¹¹ Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, § 70 Rn. 10.

¹²¹² Das Gesetz wurde als Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Seuchenrechts vom 20.07.2000 (BGBl. I S. 1045) verkündet und trat am 01.01.2001 in Kraft.

¹²¹³ OVG Niedersachsen, ArztR 1997, 314.

Auskunftspflicht der Ärzte gegenüber Polizeibehörden. Hier liegt ein in der Praxis besonders heikles Problem, da es durchaus nicht unüblich ist, dass Polizeibeamte nach Verkehrsunfällen, wegen des Verdachts von Trunkenheitsfällen oder zur Feststellung von Verletzungen nach Straftaten regelmäßig Krankenhäuser und Ärzte aufsuchen und häufig mit überzogener amtlicher Autorität um Auskunft verlangen. An keiner Stelle bildet sich die Absolutheit des Schutzes der Patienteninteressen durch die ärztliche Schweigepflicht stärker ab als hier. Das Strafverfolgungsinteresse rechtfertigt in keinem Fall eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht.¹²¹⁴ Die einzigen Grenzen, die gesetzlich aufzuzeigen sind, sind die im Katalog des § 138 StGB aufgezählten wirklichen schweren Straftaten, bei denen der Arzt einer Meldepflicht unterliegt. Im Übrigen kann er nur über Notstandsregeln abwägen, ob er im Einzelfall von geplanten oder bereits durchgeführten Straftaten die Strafverfolgungsbehörden informiert. Dies wird keinesfalls der Regelfall sein. Da ist besonders wichtig, dass zur Verfolgung von Patienteninteressen daraufhin gewirkt wird, dass Strafverfolgungsbehörden im Rahmen der legalen Schranken ihrer Tätigkeit verwiesen werden. Auch Ärzte wissen häufig nicht, dass Strafverfolgung kein absoluter Zweck ist, sondern dass gerade die ärztliche Schweigepflicht einer der wesentlichen Bereiche ist, wo die absoluten Ziele der Strafverfolgung durch höherrangige Individualinteressen des Einzelnen, auch des Straftäters, geschützt werden.¹²¹⁵

f) Rechtfertigender Notstand

Praxisrelevante Anwendungsfälle für die Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht ergeben sich bei Eingreifen des rechtfertigenden Notstands gemäß § 34 StGB. Immer dann, wenn vom Arzt ein höherrangiges Rechtsgut als die Schweigepflicht zu schützen ist, ist dieser nach dem sog. Güterabwägungsprinzip berechtigt, Auskünfte zu erteilen. Ein häufig zitiertes Beispiel ist der Alkoholismus des Patienten, der entgegen ärztlichem Rat weiterhin am Straßenverkehr teilnimmt, u. U. auch als Lenker von Bussen, so dass eine Vielzahl von anderen Menschen gefährdet ist. Im gleichen Zusammenhang wird der Flugkapitän mit dem

¹²¹⁴ Vgl. Michalowski, ZStW 109 (1997), 519, 530; vgl. auch Schöncke/Schröder/Lenckner, § 203 Rn. 32.

¹²¹⁵ Michalowski, ZStW 109 (1997), 519, 530 ff.; Rehborn, a. a. O., S. 139; Schöncke/Schröder/Lenckner, § 203 Rn. 31 f.

Alkoholproblem genannt. Hier stehen hochrangige Rechtsgüter der Allgemeinheit dem Schutz der Individualinteressen des Einzelnen gegenüber. Wenn Leben und Gesundheit Dritter gefährdet sind, müssen die Interessen des Einzelnen im Rahmen der Güterabwägung zurücktreten.¹²¹⁶ Gleiches gilt für die Mitteilung von Gesundheitsgefahren an den Arbeitgeber, wenn diese von einem bestimmten Mitarbeiter ausgehen.¹²¹⁷

Besonders heikel sind die Fragen im Zusammenhang mit dem Verdacht der Kindesmisshandlung.¹²¹⁸ Insbesondere wenn Eltern mit einem von ihnen misshandelten Kind den Arzt aufsuchen, kann die Ärztin oder der Arzt in eine schwer wiegende Konfliktlage kommen. Zu einen sind sie zur Verschwiegenheit gegenüber den Eltern verpflichtet, andererseits müssen sie demgegenüber abwägen, welchen weiteren körperlichen und seelischen Misshandlungen das Kind ausgesetzt wird, falls der Arzt die Misshandlung nicht meldet. Schließlich kann trotz der Meldung eines solchen groben Verstoßes der Erziehungsberechtigten die Lage des Kindes weiter durch eine drohende Heimunterbringung verschlechtert werden. Hier wird der Arzt in der Praxis eine Vielzahl von Argumenten abzuwägen haben. Klare juristische Lösungen stehen häufig pragmatischen Konfliktbewältigungsmechanismen gegenüber. So wird häufig eine wirksame Therapie der Eltern effektiver sein als eine Einschaltung der Polizei, die häufig auch nur mit Hilflosigkeit reagieren wird. Um die wahren Patienteninteressen zu ermitteln, werden die behandelnden Ärztinnen und Ärzte in jedem Einzelfall sorgfältig entscheiden müssen und häufig auch rechtlichen Rat einholen. Einer gesetzlichen Regelung entzieht sich das Problem jedoch wegen der Vielfalt der möglichen einzelnen Sachverhalte.

Vergleichbar ist die Situation, wenn ein HIV-infizierter Patient entgegen ärztlichem Rat seinen Sexualpartner gefährden könnte. Ist dieser oder diese dann gar Patient/-in des gleichen Arztes, so wird die Abwägung besonders schwierig. Jedenfalls hat das OLG Frankfurt¹²¹⁹ in einer solchen Konstellation eine ausdrückliche Verpflichtung zum Bruch der Schweigepflicht und zur Information der Partnerin angenommen. Diese Entscheidung blieb nicht ohne Kritik, da durch eine bloße Information nicht sichergestellt werden kann, dass eine Infektion wirklich verhindert wird.¹²²⁰

¹²¹⁶ LK-Schünemann, § 203 Rn. 139.

¹²¹⁷ B. Lilie, a. a. O., S. 108.

¹²¹⁸ Vgl. dazu Rehborn, a. a. O., S. 140.

¹²¹⁹ MDR 1999, 1444.

¹²²⁰ Vgl. dazu die Besprechungen von Spickhoff, NJW 2000, 848 sowie Vogels, MDR 1999, 1444.

12. Regelungen in anderen europäischen Staaten

Die Befugnis des Patienten, den Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden, wird in § 321 Abs. 2 schweizerisches StGB als eine Ausnahme von der Strafbarkeit des Bruches der Schweigepflicht gesondert aufgeführt. Auch in Portugal kann der Patient die Schweigepflicht des Arztes aufheben, indem er der Offenbarung des Geheimnisses zustimmt.¹²²¹ In den anderen Ländern mit einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen lässt sich diese Ausnahme zumeist dem Gesetzestext selbst entnehmen. Auch das österreichische StGB setzt für die Strafbarkeit voraus, dass das Geheimnis gegen ein berechtigtes Interesse des Patienten offenbart wird. Gibt der Patient seine Einwilligung, ist ein Offenbaren gegen sein Interesse nicht gegeben. Das griechische Recht stellt indes darauf ab, ob der betroffene Arzt ein Recht zur Offenbarung des geschützten Interesses hat. Dieses Recht kann auch hier aus der Einwilligung des Patienten gezogen werden.¹²²² Gleiches gilt für Italien, wo Art. 30 des Kodex der medizinischen Ethik eine Information des Ehepartners nur bei ausdrücklicher Zustimmung gestattet.¹²²³ In England wurde ein vom General Medical Council herausgegebener Ausnahmekatalog zur ärztlichen Schweigepflicht von den Gerichten anerkannt.¹²²⁴ In Rule 81 (a) wird die Veröffentlichung des Geheimnisses im Fall der Zustimmung des Patienten oder seines Rechtsberaters für legal erachtet.

Der Gedanke des rechtfertigenden Notstandes berechtigt, soweit ersichtlich, den Arzt in allen hier untersuchten Rechtsordnungen zum Bruch seiner Schweigepflicht gegenüber seinem Patienten, so beispielsweise in Spanien, wenn ein ernsthafter Schaden für die Allgemeinheit oder einen unschuldigen Dritten droht¹²²⁵, in England aufgrund eines besonderen öffentlichen Interesses (Rule 81 g)¹²²⁶, in Portugal aufgrund einer höherrangigen Rechtspflicht.¹²²⁷ In Österreich besteht keine Schweigepflicht, wenn die Offenbarung des Geheimnisses nach Art und Inhalt durch Interessen der öffentlichen Gesundheitspflege oder der Rechtspflege gerechtfertigt ist (§ 54 Abs. 2 Nr. 2 ÄrzteG). In der Schweiz besteht ebenfalls eine dem deutschen

¹²²¹ Figueiredo Dias in: Medical Responsibility, S. 546 ff., Rdn. P 98.

¹²²² Fotakis in: Medical Responsibility, S. 315, Rdn. GR 72 f.

¹²²³ Zana, Landesbericht Italien, in: Fischer/Lilie, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, S. 269.

¹²²⁴ per Sir Stephen Brown, P at 843 - 844; zitiert nach Blackie, a.a.O., S. 246.

¹²²⁵ Santoz Briz in: Medical Responsibility, S. 632, Rdn. E 5.

¹²²⁶ Blackie, Landesbericht England und Schottland, S. 246.

¹²²⁷ Figueiredo Dias, a. a. O., S. 546, Rn. P 98.

§ 34 StGB sehr nahe kommende Regelung in StGB § 34 Ziff. 2. In Griechenland ist die Offenbarung gerechtfertigt zum Schutz des gesetzlichen oder sonst wichtigen Interesses der Öffentlichkeit, des Betroffenen selbst oder auch eines Dritten (§ 4 des Art. 371 StGB)¹²²⁸. Dabei muss das Interesse von übergeordnetem gesellschaftlichen Wert sein und die Verletzung das einzige Mittel zu dessen Schutz darstellen.

Eine weitere Ausnahme von der ärztlichen Schweigepflicht beinhaltet die spanische Regelung. Für den Arzt besteht die Verpflichtung, die Polizei sofort zu unterrichten, wenn der Körper eines Patienten die Anzeichen von Gewaltausübung oder Vergiftung trägt.¹²²⁹ Ein ähnliches Anzeigerecht des Arztes bei Vorliegen strafbarer Handlungen an Unmündigen kennt auch § 358 schweizerisches StGB.¹²³⁰

Eine weitere Ausnahme stellt in England, wie in vielen anderen Ländern¹²³¹, die Pflicht zur Enthüllung bei Vorliegen bestimmter Krankheiten dar, Rule 81 (e)¹²³², dar.

Sowohl die Schweiz in § 321 Abs. 2 schweizerisches StGB als auch der Ausnahmekatalog des General Medical Council in Rule 81 (h) gestatten im Übrigen die Bekanntgabe der persönlichen Daten des Patienten, wenn es für eine medizinische Forschung unentbehrlich und von einer anerkannten ethischen Kommission gebilligt worden ist. Im Gegensatz dazu rechtfertigt in Griechenland ein Beitrag zum Fortschritt der medizinischen Wissenschaft (wissenschaftliche medizinische Veröffentlichung) nicht den Bruch der bestehenden Schweigepflicht.¹²³³

In Schottland gibt es nach dem Ausspruch eines Richters schon dann eine Ausnahme von der ärztlichen Schweigepflicht, wenn nur ein minimaler Bruch der Intimsphäre dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Unparteilichkeit der Justiz zwischen den streitenden Parteien gegenübersteht.¹²³⁴ Diese Ansicht wurde von den englischen Gerichten jedoch nicht übernommen. Dort führen weder das öffentliche Interesse an der Pressefreiheit noch das Interesse der Öffentlichkeit an Fragen der Volksgesundheit zu einer Ausnahme von der ärztlichen

¹²²⁸ Vgl. dazu auch Fotakis, in Medical Responsibility, S. 315, Rn. GR 73.

¹²²⁹ Santoz Briz in: Medical Responsibility, S. 632, Rn. E 5.

¹²³⁰ Rehberg, a.a.O., S. 353.

¹²³¹ Z. B. Infektionsschutzgesetz in Deutschland, für Norwegen vgl. Lodrup in: Medical Responsibility, S. 462, Rn. N 15; für Portugal vgl. Figueiredo, Diaz in: Medical Responsibility, S. 546, Rn. P 98.

¹²³² Blackie, a.a.O., S. 246.

¹²³³ Fotakis in: Medical Responsibility, S. 315, Rn. GR 73.

Schweigepflicht.¹²³⁵

13. Verschwiegenheitsverpflichtung gegenüber Ehegatten, Lebenspartnern und Familienangehörigen

In der täglichen Praxis wird oft übersehen, dass die ärztliche Schweigepflicht vor Familienbanden nicht halt macht. Auch gegenüber Angehörigen und Lebensgefährten des Patienten hat der Arzt als Grundsatz zu schweigen. Erst wenn der Arzt tatsächliche Kenntnisse hat, dass der Patient im Einzelfall damit einverstanden ist, dass seine Angehörigen über seinen Gesundheitszustand informiert werden dürfen, ist der Arzt berechtigt, Auskünfte zu geben. Dagegen kann in der Regel darin, dass der Patient von vornherein Angehörige zur Behandlung mitbringt, eine konkludente Entbindung von der Schweigepflicht gegenüber diesen Personen gesehen werden. Jeodoch sollte sich der Arzt im Einzelfall vergewissern, inwieweit Dritte in einer solchen Situation in das Gespräch miteinbezogen werden können.

Bei Kindern wird man hinsichtlich der Information gegenüber den Eltern auf die Einsichtsfähigkeit von Minderjährigen abzustellen haben. Der einsichtsfähige Minderjährige ist berechtigt, selbstständig über sein Geheimnis zu verfügen und kann schon so sehr früh seine Patienteninteressen wahrnehmen. Dies ist nicht von der Geschäftsfähigkeit abhängig. Das eröffnet ein weites Problemfeld, insbesondere in der Gynäkologie, wenn es um die Verschreibung empfängnisverhütender Mittel an nichtgeschäftsfähige junge Frauen geht. Hierbei, ebenso wie bei anderen gynäkologischen Eingriffen und Diagnosen, wird der Arzt immer auf die Einsichtsfähigkeit und nicht die Geschäftsfähigkeit bei Minderjährigen abzustellen haben. Nur so wird die mit der Einsichtsfähigkeit einhergehende Möglichkeit zur Wahrnehmung autonomer Entscheidungen abgesichert.¹²³⁶

14. Rechtsvergleichende Ergänzungen

¹²³⁴ Blackie, a. a. O., S. 246.

¹²³⁵ Blackie, a. a. O.

¹²³⁶ Rehborn, a. a. O., S. 129 ff; Langkeit, NStZ 1994, 6, 8.

Auch in Österreich¹²³⁷ und der Schweiz¹²³⁸ ist die Einwilligungsfähigkeit generell von der Geschäftsfähigkeit und einer bestimmten Altersgrenze unabhängig. Sie ergibt sich vielmehr auch hier aus der natürlichen Fähigkeit, die Tragweite des ärztlichen Eingriffs für Körper, Beruf und Lebensglück zu beurteilen. Sie ist daher vom Arzt für jeden Einzelfall festzustellen. Deshalb können auch Minderjährige in die Offenbarung der sie betreffenden Geheimnisse einwilligen, ohne dass es der Zustimmung der Eltern bedarf. Voraussetzung ist aber, dass der Minderjährige Wesen, Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung aufgrund seiner geistigen und sittlichen Entwicklung erfasst. Kann ein Minderjähriger unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte einwilligen, bedarf es der zusätzlichen Zustimmung der Eltern oder des gesetzlichen Vertreters nicht. Nur dann, wenn die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen zur selbständigen Entscheidung nicht vorhanden ist, können die Eltern oder der gesetzliche Vertreter an Stelle des Minderjährigen die Einwilligung erklären. Generell wird eine solche Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen unter 14 Jahren verneint. Bejaht hingegen der Arzt die Einsichtsfähigkeit eines minderjährigen Patienten, so ist er ihm zur Verschwiegenheit auch gegenüber seinen Eltern verpflichtet.¹²³⁹ Anders ist es demgegenüber in Spanien, wo die Zustimmung immer von den Eltern oder dem Vormund gegeben werden muss.¹²⁴⁰

15. Zeugnisverweigerungsrecht

Eng verknüpft mit der ärztlichen Schweigepflicht ist das Zeugnisverweigerungsrecht von Ärzten, wie bereits von Eb. Schmidt zutreffend konstatiert.¹²⁴¹ Er schließt zu Recht aus der gesetzlichen Fixierung der Schweigepflicht im materiellen Recht auf das Erfordernis einer strafprozessualen Absicherung. Daraus ist zu schließen, dass das ärztliche Zeugnisverweigerungsrecht von höchst bedeutsamer sozialer Werthaftigkeit ist, das die Wahrheitsermittlungspflicht im Strafprozess verdrängt. Es handelt sich demnach bei der Normierung des Zeugnisverweigerungsrechts um die Lösung eines Gesetzeskonflikts.

¹²³⁷ Steiner in: Medical Responsibility, S. 29, Rn. A 48.

¹²³⁸ Rehberg, a.a.O., S. 346.

¹²³⁹ Laufs, Arztrecht, Rn. 222 und 362.

¹²⁴⁰ Santoz Briz in: Medical Responsibility, S. 656, Rn. E 70.

Interessant ist nun die Tatsache, dass der deutsche Rechtskreis dabei von den gleichen Voraussetzungen wie das anglo-amerikanische Recht ausgegangen ist. Die Einführung eines Zeugnisverweigerungsrechtes auch für Ärzte gestaltete sich bei den Beratungen der Reichsstrafprozessordnung vom 1.2.1877 besonders schwierig¹²⁴².

Erst in der 3. Lesung verhalf der Abgeordnete Zinn dem Zeugnisverweigerungsrecht zum Durchbruch. Er machte deutlich, dass zwar unter der Einführung des Zeugnisverweigerungsrechtes gewisse Nachteile für die Strafrechtspflege entstehen könnten, dass diese Nachteile aber hinzunehmen seien, weil dadurch andere „im Sinne der Staatsidee höhere Interessen“ geschützt werden könnten. Ausdrücklich sollen dabei nicht etwa dem ärztlichen Berufsstand besondere Privilegien eingeräumt werden, sondern es sollte ein besonderes *öffentliches* Interesse mit dem ärztlichen Zeugnisverweigerungsrecht gewahrt werden.

An diesen Gedanken müssen wir anknüpfen, wenn ich später auf die Grenzen des Zeugnisverweigerungsrechtes eingehe. Die Gesetzgebungsgeschichte enthält also ganz deutliche Hinweise darauf, dass das Zeugnisverweigerungsrecht geschaffen wurde, um nicht durch den Wahrheitsermittlungsgrundsatz höherrangige Interessen zu verletzen. Der Gesetzgeber hat also eine Bewertung und Abwägung zwischen dem Gemeinschaftsinteresse an einer wirksamen Verbrechensbekämpfung auf der einen Seite und dem Vertrauen der Allgemeinheit in die Wahrung des ärztlichen Berufsgeheimnisses auf der anderen Seite vorgenommen. Wie dies in der Praxis aussieht, möchte ich nunmehr anhand praktischer und exemplarischer Einzelfälle aufzeigen.

Dabei sollte man sich nochmals vor Augen führen, dass zwischen Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht wichtige Unterschiede bestehen. Von der ärztlichen Schweigepflicht in § 203 StGB sind nur Geheimnisse betroffen, die dem Arzt anvertraut oder bekannt geworden sind. Das Zeugnisverweigerungsrecht deckt jedoch alle den Arzt oder seinem Hilfspersonal bekannt gewordenen Tatsachen, ohne dass es darauf ankommen würde, ob sie geheim sind¹²⁴³.

¹²⁴¹ Vgl. hierzu und zum Folgenden Eb. Schmidt, Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses; ders., JZ 1951, 212 ff.; ders., NJW 1962, 1745 ff.

¹²⁴² Zur Entstehungsgeschichte der ärztlichen Schweigepflicht im preußischen Medizinaldelikt von 1725 vgl. *Sauter*, Das Berufsgeheimnis, S. 21 ff.; *Horn*, Das preußische Medicinalwesen, Bd. I, S. 2 ff.

¹²⁴³ L. R. - Dahn, § 53, Rdn. 7.

Das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes und der übrigen Angehörigen der Heilberufe erstreckt sich auf alles, was ihnen aus Anlass der Anbahnung des Beratungs- und Behandlungsverhältnisses im Rahmen der Untersuchung oder Behandlung mittelbar oder unmittelbar anvertraut oder sonst bekannt geworden ist. Hierzu gehören selbstverständlich neben dem Namen des Patienten alle Umstände der Aufnahme und alles, was der Arzt selbst erkannt oder ermittelt hat. Das bedeutet konkret, dass auch die Nachtschwester ein Zeugnisverweigerungsrecht hat, wenn sie beobachtet, wie der Einbrecher, der durch einen Schuss verletzt wurde, in das Krankenhaus eingeliefert wird. Das Zeugnisverweigerungsrecht dieser Schwester gilt auch bezüglich Begleitpersonen und aller weiteren Umstände im Zusammenhang mit der Aufnahme des Patienten. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass es sich dabei um einen zusammengehörenden Lebenssachverhalt des Behandlungsverhältnisses handelt, bei dem die Merkmale des Personenkraftwagens und die Identität des Begleiters von der Aufnahme zur Behandlung selbst nicht zu trennen sind. Entgegen neueren Auffassungen in der Literatur ist das Zeugnisverweigerungsrecht nicht auf solche Merkmale beschränkt, die der Arzt und in diesem Fall sein Hilfspersonal im Rahmen einer Vertrauensbeziehung oder einer typischerweise auf Vertrauen beruhenden Sonderbeziehung von Patienten erfahren haben¹²⁴⁴. Bereits in den Materialien hatte der Gesetzgeber verdeutlicht, dass der bei der Begehung einer Straftat Verwundete einen Arzt aufsuchen könne, ohne zu befürchten, dass er damit einen Belastungszeugen schaffe. Deshalb muss das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes auf alle Anhaltspunkte erstreckt werden, die für die Identifizierung des Patienten wichtig sein können. Dieses Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes und seines Berufshelfers gilt dann für das ganze Verfahren¹²⁴⁵. In der Praxis gelingt es nur selten Polizeibeamten, im Rahmen von Strafverfolgungen diesen Sachverhalt zu erläutern. Ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht ist immer in Verbindung zur ärztlichen Schweigepflicht zu sehen. Hat der Patient den Arzt von der Schweigepflicht entbunden und widerruft er die zuvor gegebene Entbindung, dann entsteht das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes von Neuem. Eine misshandelte Ehefrau war nach ihrer Einlieferung ins Krankenhaus dort richterlich vernommen worden. Im Rahmen dieser Vernehmung mit Hilfe einer Dolmetscherin befreite sie die behandelnden Ärzte von der

¹²⁴⁴ BGHSt 33, 150.

¹²⁴⁵ BGHSt 33, 152.

Schweigepflicht. In der Folgezeit wandte sie sich mit mehreren Schreiben an Gericht und Staatsanwaltschaft, indem sie mitteilte, „warum kommt bei mir im Krankenhaus so früh, aber ich will jetzt alles zurück“. Auch in der Hauptverhandlung machte sie von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht als Angehörige Gebrauch. Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass die Aussagen der behandelnden Ärzte, die sie unmittelbar nach der Misshandlung im Krankenhaus gegenüber der beauftragten Richterin gemacht hätten, zur Urteilsfindung nicht herangezogen werden dürfen. Es habe ein Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes bestanden. Die Richterin hätte den Arzt vor der Vernehmung über sein Recht belehren müssen. Nimmt der Patient, der die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht befreit hat, diese Erklärung zurück oder widerruft er sie, so steht dem Arzt sofort wieder ein Zeugnisverweigerungsrecht zu. Für Willenserklärungen im Zusammenhang mit der Entbindung von der Schweigepflicht kommt es nicht auf den mutmaßlichen, sondern nur auf den zweifelsfrei erklärten Willen des von seinen Geheimhaltungsinteressen Betroffenen an¹²⁴⁶. Das Gericht wertete die Mitteilung der misshandelten Frau „aber ich will jetzt alles zurück“ als einen solchen Widerruf von der Entbindung der Schweigepflicht. Dabei zeigt der Bundesgerichtshof bei der Interpretation dieser Äußerung eine gewisse Großzügigkeit und wirft der vernehmenden Richterin vor, sie habe den Arzt deshalb über sein Zeugnisverweigerungsrecht falsch belehrt. In diesem Zusammenhang führt der Bundesgerichtshof weiter aus, dass es im Falle eines bestehenden Zeugnisverweigerungsrechts ausschließlich in der freien Entscheidung des Arztes liegt, ob er sich nach Abwägung aller widerstreitenden Interessen zu einer Aussage entschließt¹²⁴⁷. Es handelt sich nämlich um ein Zeugnisverweigerungsrecht und keine Pflicht. Dabei ist hervorzuheben, dass weder der Angeklagte oder ein anderer in seinen Geheimhaltungsinteressen betroffener Zeuge einen Anspruch darauf haben, dass der Arzt von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht¹²⁴⁸. Auch muss sich das Gericht jede Einflussnahme auf die Entscheidung des Arztes, ob er von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen will, enthalten.

Ein weiteres Beispiel für die Abwägung zwischen ärztlicher Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht einerseits und staatlichem Strafverfolgungsinteresse andererseits stellt ferner die Entscheidung des OLG Oldenburg dar, bei der es um

¹²⁴⁶ BGHSt 42, 75.

¹²⁴⁷ BGH, a.a.O., S. 76.

¹²⁴⁸ BGH, a.a.O.

die Frage ging, ob der Verwaltungsdirektor eines Krankenhauses ärztlicher Gehilfe im Rahmen der Vorschriften über die Zeugnisverweigerung, §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 53 a StPO, ist und als solcher zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt war. Im Zusammenhang mit der Aufklärung einer Straftat behauptete der Angeklagte, am Tattage seine Verlobte in der gynäkologisch-geburtshilflichen Abteilung eines Krankenhauses besucht zu haben. Da es der Staatsanwaltschaft nicht gelungen war, die Personalien der Mitpatientinnen, die darüber aussagen sollten, ob der Angeklagte wirklich in der Klinik war, zu ermitteln, wollte der Vorsitzende der Strafkammer als beauftragter Richter den Verwaltungsdirektor als Zeugen bezüglich der Personalien der Mitpatientinnen vernehmen. Die Mitpatientinnen hatten aber zuvor das Krankenhaus nicht von der Schweigepflicht entbunden. Konsequenterweise hat sich der Verwaltungsdirektor auf seine Schweigepflicht und ein entsprechendes Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Auch hier konnte eine zuverlässige Klärung erst in der Revisionsinstanz erzielt werden. Das OLG Oldenburg¹²⁴⁹ geht davon aus, dass nach dem Zweck der Vorschriften über das Zeugnisverweigerungsrecht wegen des erstrebten Schutzes des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient auch der Kreis der Hilfspersonen weit zu ziehen ist. Das strafprozessuale Aussageverweigerungsrecht und die im materiellen Strafrecht bestehende Strafandrohung für die Verletzung fremder Privatgeheimnisse diene gerade, so das OLG Oldenburg, diesem weitgehenden Vertrauensschutz. Deshalb geht das Gericht davon aus, dass der Kreis der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen anhand der Interessen des jeweiligen Patienten sowie des der Allgemeinheit zu gewährleistenden Vertrauensschutzes zu ermitteln sind. Danach kommt man zu dem Ergebnis, dass jedenfalls diejenigen Mitglieder der Krankenhausverwaltung als ärztliche Gehilfen im Sinne von § 53 a der StPO anzusehen sind, die eine im unmittelbaren inneren Zusammenhang mit der ärztlichen Behandlung stehende Tätigkeit entfalten. Das Gericht würdigt, dass eine moderne Krankenhausbehandlung ohne Arbeitsteilung nicht möglich ist. Eine effektive ärztliche Behandlung verlangt darüber hinaus, dass ärztliche Daten und Abrechnungsdaten getrennt verwaltet werden. Die Trennung hat jedoch keinen Einfluss auf das Zeugnisverweigerungsrecht, weil die Abrechnungstätigkeit in einem inneren Zusammenhang mit der Arbeit des Arztes steht und die effektive ärztliche Behandlung überhaupt erst ermöglicht. Deshalb bejaht das Gericht einen inneren

¹²⁴⁹

NSTZ 83, 39.

Zusammenhang zwischen beiden Tätigkeiten, wenn der Arzt die Tätigkeit des Gehilfen ohne die organisationsbedingte Arbeitsteilung mit erledigen müsste, um die Behandlung des Patienten durchführen zu können. Erlangt der Gehilfe bei dieser Tätigkeit Kenntnisse, so beruhen diese auf der ärztlichen Behandlung im weitesten Sinne der Vorschriften über die Zeugnisverweigerungsrechte. Dieses so begründete Aussageverweigerungsrecht erstreckt sich auf die Auskünfte über Namen und Adressen von Mitpatienten, die während des bezeichneten stationären Aufenthalts in einem Krankenzimmer mitbehandelt wurden.

Ein heikles Problem ist schließlich die Frage der Beschlagnahme von Krankenunterlagen und ihre Verknüpfung mit dem Zeugnisverweigerungsrecht. Im Ermittlungsverfahren wegen eines Behandlungsfehlers kommt es immer wieder wegen der Vollstreckung von Durchsuchung und Beschlagnahmebeschlüssen hinsichtlich der Krankenakten zu Konflikten zwischen Ärzten, Polizei und Staatsanwaltschaft. Oft ist das Vorgehen von Polizei und Staatsanwaltschaft wenig sensibel. Entsprechend ist das Verständnis ärztlicherseits relativ gering, insbesondere dann, wenn es um die Akten geht, die der Arzt als vorbehandelnder Arzt herausgeben soll, wenn er selbst mit einem unterstellten Behandlungsfehler nichts zu tun hat. Im Ermittlungsverfahren sind bei der Strafanzeige wegen des Verdachts einer Körperverletzung, die auf einem Behandlungsfehler beruht, die Krankenunterlagen andererseits für die Verfahren häufig eine wichtige Erkenntnisquelle. Deshalb besteht für die Staatsanwaltschaft nach § 160 Abs. 2 StPO die Verpflichtung, alle für die Ent- und Belastung wichtigen Beweismittel zu sichern. Nicht nur Leichenschau und Leichenöffnung, sondern insbesondere auch Durchsuchung, Sicherstellung bzw. Beschlagnahme sind hier die von der Prozessordnung vorgeschriebenen Maßnahmen. Bei der Anordnung der Beschlagnahme der Krankenakten wird allerdings auch von der Staatsanwaltschaft häufig verkannt, dass sie für eine spätere Hauptverhandlung nur von eingeschränkter Bedeutung sein können.

Freilich darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass die Beschlagnahme meistens nicht für die Hauptverhandlung, sondern eher für das Ermittlungsverfahren erfolgt. Dort ist die rechtliche Situation davon bestimmt, dass die Staatsanwaltschaft bei ihren Untersuchungen nur prüft, ob hinreichender Tatverdacht besteht. Die Probleme der Verwertung der Akten, insbesondere

hinsichtlich eines Verlesungsverbots, spielen in dieser Phase keine Rolle. Bei allem sollte zunächst einmal gesehen werden, dass die Beschlagnahmeanordnung als ultima ratio nur dort einzusetzen ist, wo andere Möglichkeiten der Beweisbeschaffung nicht ausreichen. Freilich muss der Arzt die Unterlagen nicht immer herausgeben. Ist der betroffene Arzt selbst eines Behandlungsfehlers bezichtigt, wenn er also Beschuldigter ist, muss er allerdings immer die Dokumentation der Staatsanwaltschaft ausliefern, wenn eine Beschlagnahmeanordnung vorliegt. In diesem Fall kommt es weder auf die Einwilligung des betroffenen Patienten an noch kann sich der Arzt auf das Beschlagnahmeprivileg des § 97 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 StPO berufen. Gemäß § 97 StPO sind die Krankenunterlagen nur dann beschlagnahmefrei, wenn der Arzt, in dessen Gewahrsam sie sich befinden, als Zeuge in dem Verfahren in Betracht kommt. § 97 StPO ist das letzte Glied einer Kette, die gewährleisten soll, dass jeder Patient, auch der Straftäter, mit einer Verletzung einen Arzt aufsuchen kann, ohne Gefahr zu laufen, dass der Arzt den Ermittlungsbehörden Auskunft über die Tat geben muss. Dabei muss eines betont werden: Das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO dient nicht etwa dem Arzt, sondern es soll vielmehr den vollständigen Schutz des Patienten gewährleisten. Aus diesem Grunde ist bei der Beschlagnahme von Krankenakten unterschiedlich zu verfahren. Dieser Unterschied wird freilich oft auch von der Staatsanwaltschaft nicht berücksichtigt. Ist der Arzt der Beschuldigte, wenn etwa gegen ihn eine Strafanzeige wegen eines Behandlungsfehlers erstattet wurde, so findet er sich nicht in der Zeugenrolle, so dass weder das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 StPO noch das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO eingreifen kann. Die Krankenunterlagen dürfen jederzeit beschlagnahmt werden, ohne dass der Arzt oder der Patient sich dagegen wehren können.

Anders ist jedoch die Rechtslage dann, wenn die Staatsanwaltschaft in einem Ermittlungsverfahren Krankenakten benötigt, in denen der Arzt nicht Beschuldigter, sondern Zeuge ist. In diesem Fall sind die Krankenakten gemäß § 97 StPO vor einer Beschlagnahme geschützt. § 97 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO knüpft mit dem Beschlagnahmeverbot an die Zeugenrolle des § 53 StPO und das dort niedergelegte Verweigerungsrecht an. Dann ist es auch gleichgültig, ob die Zeugenrolle in dem Verfahren gegenüber dem Patienten oder einem Kollegen besteht.

Diese Regel erfährt aber dann eine Einschränkung, wenn der Patient den Arzt von seiner Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden hat. Bedingt durch die

Verknüpfung von Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot wirkt sich die Entbindung von der Schweigepflicht auf Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot aus. Gemäß § 53 Abs. 2 StPO führt die Entbindung von der Schweigepflicht durch den Patienten dazu, dass der Arzt nicht länger das Zeugnis verweigern darf. Wichtig ist, dass das Beschlagnahmeprivileg nur für die Rolle des Arztes als Zeugen gilt.

Wird dagegen, um es nochmals ausdrücklich zu betonen, gegen den Arzt selbst ein Ermittlungsverfahren geführt, ist er also Beschuldigter, so kann er sich gegen eine Beschlagnahme nicht wehren. Dabei ist die Staatsanwaltschaft an das Legalitätsprinzip des § 152 Abs. 2 StPO gebunden, d. h. sie muss wegen aller verfolgbaren Straftaten einschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Dieser sogen. Anfangsverdacht wird bereits dann bejaht, wenn nach kriminalistischer Erfahrung eine verfolgbare Straftat vorliegt. Dabei steht der Staatsanwaltschaft ein Beurteilungsspielraum zu. Die Staatsanwaltschaft genügt ihrer Pflicht nur, wenn sie allen möglichen nicht von vornherein unglaubwürdigen, Verdachtsgründen nachgeht. Sie muss Anzeigen prüfen und selbst anonyme Anzeigen bearbeiten, sowie Indizien für eine Straftat weiter aufzuklären versuchen. Diese Kriterien, die selbstverständlich in jedem Strafverfahren gelten, führen dazu, dass die Beschuldigteneigenschaft ein ganz zentraler Begriff ist. Diese Beschuldigteneigenschaft muss spätestens mit dem Beginn der ersten Vernehmung als Beschuldigter begründet sein, d.h. dann, wenn der Verdacht einer Straftat sich konkret gegen eine bestimmte Person oder mit anderen zusammen richtet. Dafür muss erkennbar sein, dass gegen diese Person als Beschuldigter ermittelt wird. Hierbei handelt es sich zugegebenermaßen um wenig konkrete Anhaltspunkte. Die Rechtsprechung stellt dabei maßgeblich auf die Stärke des Tatverdachts ab. Schließlich muss man auch sehen, und das halte ich für besonders misslich, dass gerade die richterlichen Beschlagnahmeanordnungen in der Alltagspraxis der Amtsrichter eher formularmäßig behandelt werden. Auch hiermit sind nicht zu übersehende Nachteile für die Ärzteschaft verbunden. Angesichts dieser komplexen und häufig auch delikaten Situation im Ermittlungsverfahren sollte der Blick der Ermittlungsbehörden darauf gerichtet werden, unter dem Blick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip in jedem Einzelfall zu prüfen, wie weit die tatsächlichen Eingriffe in die Arzt-Patienten-Beziehung gehen müssen. Insbesondere bei der

Begründung des Anfangsverdachts bedarf es einer sorgfältigen Analyse, welche tatsächlichen Anhaltspunkte hinter einer Strafanzeige häufig zu Unrecht enttäuschter Patienten steht. Vielfach erkennen Patienten eben das Grundprinzip des ärztlichen Heilauftrages nicht, der nur auf die sorgfaltsgemäße Behandlung, niemals aber auf die wirkliche Heilung des Patienten ausgerichtet sein kann.

Etwas anders ist die Situation, wenn der Arzt in einem Strafverfahren als Zeuge in einem Verfahren aussagen soll, in dem der Beschuldigte nicht gleichzeitig sein Patient ist. Für das Beschlagnahmeverbot wird daraus nach gegenwärtig herrschender Auffassung der Schluss gezogen, dass das Beschlagnahmeverbot nur solange gilt, wie der Beschuldigte gleichzeitig auch der Patient ist. Auf Grund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur informationellen Selbstbestimmung wird diese Ansicht jedoch zunehmend in Frage gestellt. Das Landgericht Hamburg (Arztrecht 1990, 112) hat darauf hingewiesen, dass das Grundrecht des Patienten auf informationelle Selbstbestimmung zu einem Beschlagnahmeverbot führen kann. Dies ist jedoch in jedem Einzelfall zu entscheiden. Dabei ist zu überprüfen, ob dem Recht des Bürgers auf Schutz seiner Privatsphäre oder der staatlichen Aufgabe der Strafverfolgung der Vorzug zu geben ist. Dazu muss man auf die von mir eingangs dargestellte Interessenabwägung zurückgreifen. Bei dieser Abwägung kommt es u.a. darauf an, wie schwer das Delikt im Einzelfall ist. Andererseits muss gesehen werden, ob die Aufklärung der Straftat wirklich nur unter Hinzuziehung der Krankenakten in dem konkreten Fall möglich ist, auch ohne dass die Einwilligung des Patienten dazu vorliegt.

Während die Schweiz ebenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes kennt, benennt in England das General Medical Council in Rule 81 (f) die Pflicht des Arztes zur Veröffentlichung, wenn es von einem Gericht oder einem Staatsanwalt im Strafprozess gefordert wird.¹²⁵⁰ Gleiches gilt im spanischen Recht.¹²⁵¹

16. Ärztliche Schweigepflicht und EDV

¹²⁵⁰ Blackie, a.a.O., S. 246.

¹²⁵¹ Romeo-Casabona/Hernandez-Plasencia/Sola-Reche, Medical Law - Spain, § 3, Rn. 137.

Die Regeln der ärztlichen Schweigepflicht sind von grundlegender Bedeutung auch für den elektronischen Datenschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Patienten wird am stärksten durch die moderne EDV-mäßige Datenverarbeitung gefährdet. Die digitale Archivierung im Krankenhaus wird in Anbetracht der damit verbundenen Vorteile immer mehr um sich greifen. Die **Musterberufsordnung** enthält unter der Überschrift "Dokumentationspflicht" nur relativ spärliche Aussagen in § 10 Abs. 5. Hilfreich ist die Bekanntmachung der Bundesärztekammer mit Empfehlungen zu ärztlicher Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis.¹²⁵² Die EDV-mäßige Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist nur im Rahmen der Zweckbindung nach **§§ 14, 39 BDSG** zulässig. Dies gilt für die Datenerhebung (§ 13 BDSG), Speicherung (§14 BDSG) und Datenübermittlung (§§ 15, 16 BDSG). Beachtet der Arzt die in § 9 BDSG und in der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG entwickelten Grundsätze, so läuft er nicht Gefahr, die ärztliche Schweigepflicht zu verletzen.

IV. Ärztliche Dokumentation und Recht auf Akteneinsicht

1. Ärztliche Dokumentationspflicht

Das Krankenblatt, gleichgültig wie es ausgestaltet ist, stellt immer noch die wichtigste Form der medizinischen Dokumentation dar und wird als laufendes Protokoll über alle relevanten Erkenntnisse und Maßnahmen für den Patienten angesehen. Es informiert primär über dessen Behandlung, aber auch wichtige Erkenntnisse für die Krankenhausverwaltung sind daraus zu entnehmen. Über die entstehenden Konflikte ist bereits im Zusammenhang mit der Schweigepflicht berichtet worden.¹²⁵³ Unter dem Krankenblatt im weiteren Sinn oder auch der Krankenakte versteht man die Gesamtheit der mit der Behandlung des Patienten sachlich zusammenhängenden Aufzeichnungen der Ärzte und alle Hilfspersonen. Die Krankenakte oder Teile davon können auch auf dem Wege der Speicherung auf Datenträgern mittels EDV erstellt werden. Ursprünglich wurde das Krankenblatt rechtlich nur als Hilfsmittel des Arztes

¹²⁵²

DÄBl. 1996, B-2201.

¹²⁵³

Vgl. oben Vierter Teil A. III. 11.

angesehen, als ein Stück zu Papier gebrachtes Gedächtnis. Als solches standen die Aufzeichnungen im Belieben des Arztes. Heute wird die Führung des Krankenblattes als vertragliche Nebenpflicht des Arztes angesehen, die ihren Grund im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) findet und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) für jeden Behandlungsvertrag gilt. Dem entspricht auch die Regelung in § 11 der Berufsordnung für die Ärzte (BOÄ). Die Verpflichtung zur Führung eines Krankenblattes beruht einerseits auf der Anerkennung des Informationsbedürfnisses des Patienten, das er gerade auch mittels einer Einsichtnahme in die über ihn geführten ärztlichen Unterlagen verwirklichen können soll. Andererseits soll die Dokumentation die sonst bestehende Beweisnot des Patienten bei möglichen Behandlungsfehlern lindern helfen. Das wird erreicht, indem der Arzt zur vollständigen Dokumentation der Behandlung verpflichtet wird. Die Dokumentation kann sodann zum Gegenstand des Haftpflichtprozesses gemacht werden, in dem wiederum eine lücken- oder fehlerhafte Aufzeichnung zu Beweisnachteilen des Arztes führen kann. Vergleichbare beweisrechtliche Folgen im umgekehrten Sinn kann auch eine bei den Akten befindliche ordnungsgemäße und vom Patienten gegengezeichnete Erklärung über die erfolgte mündliche Aufklärung und Einwilligung haben. Neben diesen rechtlichen Gründen erscheint die umfassende Führung des Krankenblattes bei vertikaler und horizontaler Arbeitsteilung bereits aus therapeutischen Gründen unverzichtbar, um die erforderliche gegenseitige Information zu gewährleisten.

Für eine Pflicht zur Dokumentation,¹²⁵⁴ und somit für eine Dokumentation im Sinne des Patienten, hatte sich die Rechtsprechung in der Bundesrepublik erst im Jahre 1978 entschieden.¹²⁵⁵ Bis dahin war die Führung von Krankenakten eine in das Belieben des Arztes gestellte Gedächtnisstütze.¹²⁵⁶

Was den Rechtsvergleich angeht, so ist das Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen und das Recht auf Beherrschung der eigenen medizinischen Daten des Patienten in nahezu allen Rechtsordnungen als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts des Patienten weitgehend anerkannt. Allerdings zeigen sich in den Fragen des Umfangs, den Anforderungen und der rechtlichen

¹²⁵⁴ Vgl. dazu auch Lilie, Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte des Patienten; ders., Der Chirurg 1980, 55.

¹²⁵⁵ BGHZ 72, 132, 138.

¹²⁵⁶ Vgl. BGH, VersR 1963, 168.

Begründung des Einsichtsrechts des Patienten einige Unterschiede. In einigen Ländern hat sich das Einsichtsrecht des Patienten vor allem im Rahmen der Diskussion um Arzthaftungsprozesse bei Kunstfehlern des behandelnden Arztes weiterentwickelt (z. B. Schweiz, Schweden, Deutschland).

Die Diskussion der Fragen des Einsichtsrechts ist stets eng verbunden mit der Dokumentation der Behandlung und dem Beweiswert dieser ärztlichen Aufzeichnungen. Naturgemäß war der Widerstand gegen ein Einsichtsrecht des Patienten von Seiten der Ärzteschaft in den meisten Ländern zunächst sehr hoch, da die Ärzte stets befürchten mussten, dass die eigenen Aufzeichnungen als "Waffe" in späteren Arzthaftungsprozessen benutzt werden. Schon die Ausübung des Einsichtsrechts durch den Patienten ohne konkrete Anhaltspunkte für einen Behandlungsfehler wird oft als Misstrauen gegenüber der ärztlichen Kunst empfunden und ergibt sich aus der zum Teil berechtigten Angst, die Patienten könnten einen Behandlungsfehler entdecken. So besteht insbesondere in Belgien auch heute noch die Meinung, dass die ärztliche Dokumentation zuvörderst ein Geheimnis des Arztes ist, weshalb der Patient keinen Anspruch auf Einsichtnahme habe.¹²⁵⁷

a) Rechtliche Grundlagen der Dokumentationspflicht

Die Dokumentationspflicht des Arztes ist notwendige Voraussetzung für die Gewährleistung des Einsichtsrechts des Patienten und nimmt demzufolge in einigen Rechtsordnungen sowohl von Seiten des Gesetzgebers als auch in der Rechtsprechung einen breiten Raum ein, wobei vor allem in den nordischen Ländern, in denen das Recht der ärztlichen Berufsausübung weitgehend geregelt wurde, explizite Regelungen bestehen.¹²⁵⁸

In der Schweiz beurteilt sich die Frage der Dokumentationspflicht des Arztes nach den Normen des Bundesprivatrechtes oder des kantonalen öffentlichen Rechts, je nachdem, ob das Behandlungsverhältnis zwischen einem frei praktizierenden Arzt

¹²⁵⁷ Dalcq, a.a.O., S. 184.

oder einem öffentlich-rechtlichen Krankenhausträger besteht. Für öffentlich-rechtliche Krankenhausträger ist das kantonale öffentliche Recht beachtlich, wobei in fast jedem Kanton ein Gesundheitsgesetz oder untergeordnete Normen bestehen. So findet sich in der Patientenrechtsverordnung von 1991¹²⁵⁹ für den Kanton Zürich in § 13 die Regelung, dass über jeden Patienten eine Krankengeschichte zu führen ist. Das Gesundheitsgesetz von Bern¹²⁶⁰ regelt eine Dokumentationspflicht in Art. 26. Privatrechtlich folgt die Dokumentationspflicht des Arztes gemäß § 400 Abs. 1 Obligationenrecht aus dem Auftragsverhältnis. Dieses Auftragsverhältnis verpflichtet auch den Arzt, seinen Patienten über die Geschäftsführung aktiv und unaufgefordert zu benachrichtigen und ihm auf Anfrage Auskunft zu erteilen.¹²⁶¹ Hinsichtlich des Umfangs der medizinischen Dokumentation nach § 400 Abs. 1 Obligationenrecht hält sich das Bundesgericht bislang weithin bedeckt. In BGE 113 II 430 geht das Gericht davon aus, dass der Arzt eine Krankengeschichte zu führen habe, "die sein Vorgehen und den Krankheitsverlauf" wiedergebe. Dagegen legt Art. 31 des Gesundheitsgesetzes Luzern von 1981¹²⁶² beispielsweise fest, dass "die Personalien des Patienten, die Diagnose, die Daten der Beratung und der Besuche, die verordneten und verabreichten Medikamente und andere ärztliche Leistungen" dokumentiert werden müssen. Ähnliche Grundsätze werden daher auch auf privatrechtlich ausgestaltete Behandlungsverhältnisse anzuwenden sein.

In Österreich ist die Dokumentationspflicht durch § 10 Krankenanstaltengesetz¹²⁶³ für die öffentlichen Krankenanstalten und in § 51 ÄrzteG 1998¹²⁶⁴ für die Gesamtheit aller Ärzte geregelt. Bereits vor dieser gesetzlichen Regelung betonte der OGH 1984¹²⁶⁵, dass die Pflicht zur Führung einer entsprechenden Dokumentation aus dem Behandlungsvertrag resultiere, da der Arzt nur dann, wenn er entsprechende Aufzeichnungen führe, in der Lage sei, die von ihm aus dem Behandlungsvertrag geschuldete Information zu bringen.

¹²⁵⁸ In Schweden Patientenjournalag SFS 1985: 562; in Dänemark Vejledning om aktingsigt in sygehusjournaler, Indenrigsministeriets vejledning af 5. november 1985; in Norwegen Gesetz über die medizinischen Heilberufe vom 13. Juni 1980, Nr. 42.

¹²⁵⁹ Züricher Verordnung über die Rechte und Pflichten des Patienten in staatlichen und vom Staat gestützten Krankenhäusern vom 28. August 1991, ZGS 813.13.

¹²⁶⁰ Berner Gesundheitsgesetz vom 02.12.1994 i.d.F. vom 06.02.2001.

¹²⁶¹ OR-Weber, Art. 400 N2.

¹²⁶² Luzerner Gesundheitsgesetz vom 29. Juni 1981, SLR Nr. 800.

¹²⁶³ KAG BEG BGBl. 218/1985 i. d. F. BGBl. 801/1993.

¹²⁶⁴ BGBl. I Nr. 110/2001 i.d.F. der Bundesgesetze BGBl. I 16/2000 und 81/2000.

¹²⁶⁵ Entscheidung vom 25.5.1984, 1Ob 550/84, Jbl 1985, 159.

Für das deutsche Recht, das eine gesetzliche Regelung der Dokumentationspflicht nicht kennt, folgt seit dem bereits erwähnten Urteil des BGH aus dem Jahre 1978, dass die Krankenakte nicht mehr lediglich eine interne Gedächtnisstütze des Arztes sei, zu deren sorgfältiger und vollständiger Führung dem Patienten gegenüber keine Pflicht bestehe, sondern es sich hierbei um eine bereits therapeutische Pflicht gegenüber dem Patienten handele, die für die weitere ordnungsgemäße Behandlung des Kranken bei diesem Arzt oder auch bei einem anderen Arzt erforderlich sei.¹²⁶⁶

Die Pflicht zur Dokumentation stellt sich im Arzt-Patienten-Verhältnis als eine vertragliche Nebenpflicht aus dem Arztvertrag bzw. Krankenhausaufnahmevertrag nach § 242 BGB dar.¹²⁶⁷ Es entspricht jedoch der allgemeinen Ansicht, dass den Arzt auch ohne Vorliegen vertraglicher Beziehungen eine Verpflichtung trifft, das Behandlungsgeschehen aufzuzeichnen.¹²⁶⁸ Erheblich ist, dass der Arzt die ärztliche Behandlung vorgenommen hat. Die Dokumentationspflicht ist heute zugleich Standespflicht nach § 10 Abs. 1 Musterberufsordnung der Ärzte.¹²⁶⁹

b) Sinn und Zweck ärztlicher Dokumentation

Primär dient die ärztliche Dokumentation der **Therapiesicherung**¹²⁷⁰. Die Dokumentation soll danach eine sachgerechte Behandlung und Weiterbehandlung ermöglichen.¹²⁷¹ Angesichts der Arbeitsteilung muss jeder mit- und nachbehandelnde Arzt jederzeit in der Lage sein, sich anhand der Dokumentation über den Behandlungsverlauf und die Krankengeschichte umfassend zu informieren.¹²⁷²

Die ärztliche Dokumentation dient weiterhin der Erfüllung der **Rechenschaftspflicht**¹²⁷³ des Arztes über Vorbeugemaßnahmen, durchgeführte Behandlungen und Operationen.¹²⁷⁴

¹²⁶⁶ Zur Entwicklung vgl. Lilie, Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte des Patienten, S. 127 ff.

¹²⁶⁷ BGHZ 72, 132.

¹²⁶⁸ BGHZ 72, 132.

¹²⁶⁹ Zu den Regelungen in den einzelnen Bundesländer vgl. ausführlich Rehborn, a. a. O., S. 52 ff.

¹²⁷⁰ Peter, Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen, S. 78 ff.; Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, § 59 Rn. 5 ff.

¹²⁷¹ Uhlenbruck in: Laufs/Uhlenbruck, § 59, Rdn. 5.

¹²⁷² BGH, NJW 1995, 1611.

¹²⁷³ BGH, NJW 1978, 2337, 2339; MedR 1984, 24.

¹²⁷⁴ Uhlenbruck in: Laufs/Uhlenbruck, § 59, Rdn. 6.

Nicht unumstritten ist, ob die Dokumentationspflicht zugleich auch der außerprozessualen und prozessualen **Beweissicherung** dient.¹²⁷⁵ Ein Teil der Literatur lässt beweisrechtliche Zwecke erst in den Vordergrund treten, wenn sich im Behandlungsablauf die Möglichkeit eines Behandlungsfehlers abzeichnet. Grundsätzlich würden die Aufzeichnungen nicht wegen des Interesses des Patienten an der Beweisführung im Falle eines Arztfehlers angefertigt. Weiterhin trage der Arzt die Beweislast für eine ordnungsgemäße Dokumentation, welche sich aber nicht auf die Klärung des Behandlungsfehlers, des Verschuldens oder des Kausalzusammenhangs erstreckt. Dafür sei der Patient beweisbelastet.¹²⁷⁶ Dem ist entgegenzuhalten, dass jeder Dokumentation zugleich Beweisfunktion zukommt. Weiterhin sprechen die prozessualen Folgen, die der BGH an die Erschwerung oder Vereitelung des Beweises durch den Arzt knüpft, dafür.¹²⁷⁷ In einem Arzthaftpflichtprozess hat zwar der Patient entsprechend der allgemeinen Grundregeln der Beweislastverteilung den Behandlungsfehler und den Ursachenzusammenhang zwischen diesem und dem Schaden zu beweisen. Jedoch kann eine Beweiserleichterung bis hin zur Beweislastumkehr eintreten, wenn die ärztliche Dokumentation unzulänglich oder unrichtig ist. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Dokumentation wiederum trägt der Arzt die Beweislast.

c) Inhalt und Umfang der Dokumentationspflicht

Die Dokumentation muss alle wesentlichen diagnostischen und therapeutischen Bewandnisse, Gegebenheiten und Maßnahmen enthalten, insbesondere die Anamnese, die Diagnose, Funktionsbefunde, die Medikation und ärztliche Anordnungen zur Pflege, den Wechsel des Operateurs bei einem Eingriff, Anfängerkontrolle und Intensivmedizin, die wesentlichen Hinweise im Rahmen der Aufklärung, Ratschläge zum Zweck der Inanspruchnahme eines Spezialisten, Verweigerungen und Beschwerden des Patienten, Sektionsergebnisse, Apparateinsatz, Nachbehandlung, Hinweise auf Gefahrenlagen und Vorbeugungen.¹²⁷⁸ Die Mindestinhalte der ärztlichen Aufzeichnungen schreibt auch § 5 Bundesmanteltarifvertrag für Ärzte vor, wonach erforderliche Aufzeichnungen

¹²⁷⁵ Peter, Recht auf Einsicht in Krankenunterlagen, S. 80 ff.

¹²⁷⁶ Baumgärtel in: Gedächtnisschrift für Bruns, S. 93, 100, 102.

¹²⁷⁷ BGH, NJW 1987, 2300; Uhlenbruck in: Laufs/Uhlenbruck, § 59, Rdn. 8.

über den Befund und Behandlungsmaßnahmen zu machen sind.

Generell gilt folgender Grundsatz: Je komplizierter, je schwieriger, je atypischer ein Fall verläuft, desto mehr und desto genauer ist zu dokumentieren. Gleichwohl ist dabei eine vollständige Dokumentation für den Patienten gerichtlich nicht erzwingbar, obwohl sie sich aus Beweisführungsgründen empfiehlt.

Ähnliches gilt für das schweizerische Recht, wo es nach einer Entscheidung des Bundesgerichts "... unter dem Gesichtspunkt der Beweistauglichkeit nicht genügt, in der Krankengeschichte nur ganz allgemein zu vermerken, der Patient sei über die geplante Operation und ihre möglichen Komplikationen informiert worden"¹²⁷⁹. Auch in der Schweiz zeichnet sich somit eine Tendenz zur Anerkennung der Beweistauglichkeit ärztlicher Dokumentationen und somit eine Annäherung an die deutsche Rechtsprechung ab.

Mit dem deutschen Recht auf einer Linie stehend, geht die höchstrichterliche österreichische Rechtsprechung in einer neueren Entscheidung davon aus, dass, wenn der Arzt seine Dokumentationspflicht verletzt, dies im Prozess beweisrechtliche Konsequenzen hat, die dazu führen, dass dem Patienten "...eine der Schwere der Dokumentationspflichtverletzung entsprechende Beweiserleichterung zugute kommt ..."¹²⁸⁰.

Aus der Anerkennung der ärztlichen Dokumentation als wichtiges Informations- und Beweismittel hat der schwedische Gesetzgeber Konsequenzen gezogen und das Recht der ärztlichen Dokumentation sowie deren Einsichtnahme in einem sogenannten Patientenjournalgesetz detailliert geregelt.¹²⁸¹ Diese Regelung erfolgte als Reaktion auf das Beweisvereitelungsverhalten der Ärzteschaft, die die Krankenberichte immer inhaltsloser und trivialer gestaltete.¹²⁸²

In den Niederlanden ist die Pflicht des behandelnden Arztes, die Daten und Fakten des Patienten zu dokumentieren, nunmehr ausdrücklich in Art. 7: 454 Zivilcode geregelt.

¹²⁷⁸ Laufs, *Arztrecht*, Rdn. 455; Steffen/Dressler, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 458.

¹²⁷⁹ BGE 117 I b, 205.

¹²⁸⁰ OGH vom 25.1.1994, Jbl. 1995, 245.

¹²⁸¹ *Patientenjournalgesetz* SFS 1985: 562.

¹²⁸² Pichler, a.a.O., S. 375.

In Italien ist über jeden Patienten eine "Klinikkarte" zu führen. Diese Karte muss alle wichtigen Daten über Behandlung des Patienten, die Diagnose, Tests, den Verlauf der Krankheit und die Ergebnisse enthalten. Rechtsgrundlage hierfür bildet Art. 24 des Decreto Ministeriale vom 5. August 1977. Dieses Dekret gilt zwar ursprünglich nur für die Behandlung in privaten Hospitälern und privat praktizierenden Ärzten, wird aber für alle ärztlichen Behandlungen angewandt.¹²⁸³

d) Zeitpunkt sowie Art und Weise der Dokumentation

Die Dokumentation hat **im unmittelbaren Zusammenhang mit der Behandlung** oder mit dem Eingriff, also zeitnah zu erfolgen. Spätere Ergänzungen sind zulässig, allerdings muss deutlich werden, dass es sich um solche Hinzufügungen handelt. Empfehlenswert ist es in diesem Fall, das Datum bei späteren Ergänzungen dazuzusetzen.¹²⁸⁴

Was die Art und Weise der Dokumentation angeht, so besteht weitgehende Freiheit. Sie erfolgt regelmäßig durch Anlegen einer Patientenkartekarte oder Patientenkarte. Zur Dokumentation gehören auch technische Aufzeichnungen, z. B. erstellte EKG-Kurven, Aufzeichnungen eines Wehenschreibers, Ausdrucke von Laborgeräten usw. ebenso wie erstellte Aufnahmen anlässlich einer Ultraschalluntersuchung. Sie sind den Krankenunterlagen in geeigneter Form hinzuzufügen.

Problematisch ist die **Dokumentation auf elektronischen Datenträgern**, da es leichter ist, nachträgliche Änderungen vorzunehmen, die für niemanden erkennbar sind. Hier sollten die Daten regelmäßig durch einen Backup gesichert werden.¹²⁸⁵ Um nachträgliche Veränderungen zu verhindern, sind auch elektronische Signaturverfahren¹²⁸⁶ oder die Speicherung digitalisierter Röntgenbilder auf Bildplatten¹²⁸⁷ möglich. Außerdem ist der Zugriff zu den Daten schneller, der hohe Raumbedarf wird begrenzt¹²⁸⁸ und die Dokumentation ist dauerhaft.

¹²⁸³ Busnelli/Zana, in: Medical Responsibility, S. 390, Rn. I 68 f.

¹²⁸⁴ Rehborn, a. a. O., S. 60; Deutsch, Medizinrecht, Rn. 355; Laufs, Arztrecht, Rn.454.

¹²⁸⁵ Bergmann, Die Arzthaftung - ein Leitfaden für Ärzte und Juristen, S. 157; allg. zur EDV-gestützten Patientendokumentation vgl. Wienke/Sauerborn, MedR 2000, 517.

¹²⁸⁶ Ortner/Geis, MedR 1997, 337, 340.

¹²⁸⁷ Inhester, NJW 1995, 685, 690.

¹²⁸⁸ Andreas, ArztR 2000, 296.

Aus § 10 Abs. 5 der Musterberufsordnung kann aber der Schluss gezogen werden, dass Aufzeichnungen auf elektronischen Datenträgern oder anderen Speichermedien zulässig sind, wenn besondere Sicherungs- und Schutzmaßnahmen ergriffen wurden, um Veränderung, Vernichtung oder unrechtmäßige Verwendung zu verhindern. Ungeklärt ist bislang allerdings der Beweiswert solcher Aufzeichnungen.

e) Pflicht zur Aufbewahrung ärztlicher Aufzeichnungen

Mit der Anerkennung der Verpflichtung zur ärztlichen Dokumentation stellt sich gleichzeitig die Frage nach der Aufbewahrung der Unterlagen.¹²⁸⁹ Die Musterberufsordnung schreibt in § 10 Abs. 3 eine Frist von 10 Jahren für die Aufbewahrung vor, soweit nicht eine längere, aus anderen gesetzlichen Vorschriften besteht. Hier ist insbesondere § 11 Abs. 1 TFG (Transfusionsgesetz) zu nennen, bei dem eine Frist bis zu 20 Jahren verlangt werden kann, so z. B. im Fall des § 14 Abs. 3, der von 15 Jahren ausgeht.

f) Dokumentationsmängel und ihre Folgen

Fehlt es bei der ärztlichen Behandlung an einer hinreichenden und am Einzelfall orientierten Dokumentation, so sind die Folgen in zwei Feldern auszumachen. Zum einen wird der Arzt im Falle eines Behandlungsfehlervorwurfs mit einer Beweislastverschiebung zu rechnen haben, bis hin zu einer Beweislastumkehr.¹²⁹⁰ Darüber hinaus sind aber auch berufsrechtliche Folgen denkbar.¹²⁹¹

Konkret führt eine unvollständige Dokumentation zu Beweiserleichterungen, die bis zur Umkehr der Beweislast zugunsten des klagenden Patienten gehen können, wenn dem Patienten auf Grund der vom Arzt verschuldeten Aufklärungshindernisse durch unvollständige, unwahre oder unklare Dokumentation die Beweislast für einen

¹²⁸⁹ Vgl. dazu Tauptiz, ZZP 100 (1987), 287.

¹²⁹⁰ Siehe dazu die Rspr.-Nachweise bei Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rn. 462 ff.

¹²⁹¹ Rehborn, a. a. O., S. 64.

Behandlungsfehler billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann.¹²⁹² Die Nichtdokumentation einer aufzeichnungspflichtigen Maßnahme indiziert ihr Unterbleiben.¹²⁹³ Sie kann zudem den Beginn der Verjährung von Schadensersatzansprüchen des Patienten für einen Behandlungsfehler (§ 195 BGB) hinausschieben, soweit sie die dafür erforderliche Kenntnis des Patienten vom Behandlungsgeschehen verzögert.¹²⁹⁴

2. Recht auf Akteneinsicht

Die Vielfalt der Rechtsgrundlagen der Dokumentationspflicht spiegelt sich auch bei den Fragen des Einsichtsrechts wider. Auch hier ist zu konstatieren, dass sich die Erkenntnis, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten auch das Recht zur Einsicht in die ihn betreffenden Unterlagen beinhalten muss, weitgehend durchgesetzt hat. Aus dem Charakter der ärztlichen Dokumentation, die nunmehr nicht bloße Gedächtnisstütze des behandelnden Arztes ist, sondern dem ureigensten Interesse des Behandelten dient, führt dazu, dass nach ganz herrschender Auffassung der Patient ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht hat. Dies ist rechtlich durchsetzbar und betrifft alle über ihn angelegte Teile der Dokumentation bis hin zu Laborbefunden, Röntgenaufnahmen und Dokumentationen der Laborergebnisse.¹²⁹⁵

a) Rechtsgrundlagen des Einsichtsrechtes

Soweit vertragliche Beziehungen bestehen, ergibt sich das Einsichtsrecht des Patienten in die Krankenunterlagen als vertragliche Nebenpflicht nach **§ 242 BGB**. Unabhängig vom Bestehen einer vertraglichen Beziehung wird es aus **§ 810 BGB** hergeleitet.¹²⁹⁶ Die Rechtsprechung stützt das Einsichtsrecht auf das **Persönlichkeits- bzw. Selbstbestimmungsrecht** des Patienten.¹²⁹⁷

¹²⁹² BGHZ 72, 132, 139.

¹²⁹³ BGHZ 85, 212; BGH, NJW 1981, 2002.

¹²⁹⁴ BGH, NJW 1985, 2194.

¹²⁹⁵ BGH, MedR 1983, 62; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rn. 473; Rehborn, a. a. O., S. 65.

¹²⁹⁶ Uhlenbruck in: Laufs/Uhlenbruck, § 60, Rdn. 1 f.

Größere Zweifel am Recht des Patienten auf Einsicht in die ihn betreffenden Unterlagen scheint es nur noch in Belgien zu geben. Hier ist nach wie vor eine große Verweigerungshaltung der Ärzteschaft zu konstatieren. Die Ärzte berufen sich auf ein bestehendes Berufsgeheimnis und auf den Grundsatz des *ordre public*. Als Folge des Berufsgeheimnisses sehen sie sich als "Herr der medizinischen Information" an. Dennoch zeichnet sich auch in Belgien in der Rechtsprechung und Gesetzgebung eine einsichtsrechtsfreundliche Tendenz ab. Eine Anweisung des *President du Tribunal de Bruxelles* vom 7. März 1988 verpflichtete die Ärztekammer zur Herausgabe von Krankenakten in einem Zivilprozess gegen einen Anästhesisten, der diese der Ärztekammer zur Abwehr der Einsicht des Patienten zuvor übergeben hatte.¹²⁹⁸ Diese Rechtsprechung wird jedoch nach wie vor von der ärztlichen Praxis und den Ärztekammern nicht anerkannt und wenig beachtet. Erstmals hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz über die Versicherungen aus dem Jahre 1992 in Art. 95 Stellung genommen. In der Begründung hierzu wird ausgeführt, dass die absolutistische Einstellung der Ärzteschaft nicht mehr zeitgemäß ist. Das medizinische Geheimnis sei in Wirklichkeit dem Patienten zuzuordnen, der deshalb das Entscheidungsrecht über medizinische Geheimnisse haben müsse, soweit seine Interessen berührt werden. Das medizinische Geheimnis hat hiernach kein anderes Ziel, als nur den Patienten gegen Indiskretionen zu schützen.¹²⁹⁹

Infolge des Patientenrechtegesetzes von 1998 wurden in Dänemark Richtlinien¹³⁰⁰ erlassen, die dem Patienten ein Einsichtsrecht in Bezug auf Gesundheitsinformationen geben.

Das griechische Recht kennt keine explizite Regelung, leitet aber das Einsichtsrecht aus dem Recht auf Information unmittelbar ab, welches in dem königlichen Dekret vom 25.5./6.7.1955 "Über den Codex der ärztlichen Pflichten" enthalten ist.¹³⁰¹

In der Schweiz wird das Einsichtsrecht wie auch die Dokumentation für privatrechtliche Arzt-Patienten-Beziehungen aus § 400 Obligationenrecht abgeleitet. Dabei ist der Arzt nicht nur verpflichtet, dem Patienten Einsicht zu gewähren. Er hat

¹²⁹⁷ BVerfG, MedR 1993, 232; LG Köln, MedR 1994, 408; BGH, NJW 1985, 674; NJW 1989, 764.

¹²⁹⁸ Dalcq, a.a.O., S. 184.

¹²⁹⁹ Dalcq, ebd., S. 84.

¹³⁰⁰ Nr. 155 vom 14. September 1998

¹³⁰¹ Fotakis in: Medical Responsibility, S. 333, Rdn. GR 103 und 135.

auch Röntgenbilder u. ä. Dokumente herauszugeben.¹³⁰² Für öffentlich-rechtliche Krankenhausträger gelten die jeweiligen kantonalen Regelungen des Einsichtsrechtes.¹³⁰³ Diese sind z. T. recht unterschiedlich. So setzt beispielsweise Art. 62 Abs. 3 SpV/SG voraus, dass der Patient ein berechtigtes Interesse nachweist.¹³⁰⁴

Das Einsichtsrecht steht in Österreich nach Ansicht des OGH neben dem Patienten auch den Angehörigen des Verstorbenen bei Vorliegen berechtigter Interessen zu, soweit dies nicht mit dem postmortalen Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen kollidiert. Dabei stellt der OGH auf das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung zur Offenlegung ab.¹³⁰⁵

Der französische Gesetzgeber hat die das Einsichtsrecht betreffenden Regelungen seit dem letzten Bericht 1985 nicht wesentlich verändert, sie aber in den Code de la Sante Publique eingestellt. Früher wurde auf allgemeinere Verordnungen zurückgegriffen,¹³⁰⁶ welche das Recht des Patienten oder seiner Erben zum Zugang zu den Krankenunterlagen nur über einen bestimmten Mediziner erlaubten. Mit dem Dekret vom 30. März 1992 wurden in dem Code de la Sante Publique die Artikel R.710 bis 210 eingefügt. Die Regelungen zum Einsichtsrecht des Patienten finden sich nunmehr in Art. 710-2-2, der gleichen Inhalts wie die allgemeinen Verordnungen ist.¹³⁰⁷

Das norwegische Recht kann nahezu als Paradebeispiel für die westeuropäische Entwicklung in Fragen der Dokumentation und des Einsichtsrechts bezeichnet werden. So war es bis 1977 allgemeine Auffassung, dass die Unterlagen Eigentum des Hospitals oder des betreffenden Arztes sind¹³⁰⁸ und der Patient nur mit Zustimmung des Chefarztes Einsicht nehmen durfte. Eine Wende wie in den meisten Ländern wurde durch die Rechtsprechung in einer Entscheidung des Obersten

¹³⁰² Wiegand in: Honsell, Handbuch des Arztrechts, S. 200 f. unter Bezug auf AGVE 1987-40-50 und ZR 1985, 144.

¹³⁰³ Nachweise bei Wiegand, a. a. O., S. 201, Fn. 393.

¹³⁰⁴ Wiegand in: Honsell, a. a. O., S. 202 mit Bedenken zur Verfassungsmäßigkeit einer derartigen Einschränkung des Einsichtsrechts.

¹³⁰⁵ Steiner, Landesbericht Österreich, in: Fischer/Lilie, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, S. 314; OHG vom 25.5.1984, Jbl. 1985, 159.

¹³⁰⁶ Verordnung N.78-17 vom 6.1.1978, Art. 40 - Allgemeines Informationsrecht; Verordnung N.78-753, Art. 40 bis - Zugang zu den Verwaltungsakten, zitiert nach Penneau, Landesbericht Frankreich, in: Fischer/ Lilie, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, S. 257.

¹³⁰⁷ Penneau, Landesbericht Frankreich, a.a.O., S. 257.

¹³⁰⁸ Lodrup in: Medical Responsibility, S. 460, Rn. N 10; Pichler, a.a.O., S. 362 m. w. N. zur Eigentumskonzeption in Frankreich und Luxemburg.

Gerichts von 1977¹³⁰⁹ vollzogen, in der das uneingeschränkte Einsichtsrecht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen hergeleitet wurde, wobei insbesondere die Bedeutung des Einsichtsrechts für die Selbstbestimmung des Patienten Anerkennung erfuhr. Seit 1980 findet sich nunmehr dieses Recht explizit im 46. Abschnitt des Gesetzes über die medizinischen Heilberufe verankert.¹³¹⁰

In Schottland und England hat das Einsichtsrecht wesentliche Veränderungen erfahren. In beiden Ländern gilt das Gesetz aus dem Jahre 1990 über den Zugang zu den medizinischen Aufzeichnungen. Es entstand infolge der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Gaskin v. United Kingdom* (1990) 12 EHRR 36, in der entschieden wurde, dass die Verweigerung der Akteneinsicht durch eine kommunale Einrichtung gegen das Recht aus Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention verstößt.¹³¹¹ Dieses Gesetz schafft nunmehr ein Grundrecht auf Einsicht in die Krankenunterlagen, gegebenenfalls auch die Pflicht des Arztes, die Unterlagen zu kopieren (§ 3 Abs. 2 des Gesetzes)¹³¹². Gleichartige Regelungen treffen das Datenschutzgesetz von 1984 und die darauf beruhende Anweisung von 1987. Eine eigenständige Regelung für die Verwendung der schriftlichen Aufzeichnungen des Arztes in Versicherungssachen trifft das Gesetz über den Zugang zu medizinischen Aufzeichnungen von 1988. Dabei ist aber zu beachten, dass das englische common law weiterhin anwendbar bleibt, da das Gesetz von 1990 nicht für zeitlich zuvor liegende Fälle gilt. Ob das schottische common law anwendbar bleibt, ist zweifelhaft, aber unter Rückgriff auf die weitere Anwendung des englischen Rechts zu bejahen.¹³¹³

b) Umfang des Einsichtsrechtes

Das Einsichtsrecht erstreckt sich auf Aufzeichnungen über objektiv physische Befunde und Berichte über Behandlungsmaßnahmen¹³¹⁴, insbesondere Angaben über Medikation und Operationsberichte. Hierzu zählen auch Fieberkurven, EKG, EEG, Computeraufzeichnungen, Röntgenaufnahmen und Laborergebnisse.

¹³⁰⁹ Rt 1977, bp. 1035 zitiert nach Lodrup, a. a. O., S. 460, Rn. N10.

¹³¹⁰ Act on the Medical Profession of 13 June 1980 No. 42.

¹³¹¹ Blackie, Landesbericht England und Schottland, a.a.O., S. 248.

¹³¹² Blackie, ebd.

¹³¹³ Blackie, a. a. O., S. 250 mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

Außerdem kann der Patient Auskunft über die Person des behandelnden Arztes und Personales verlangen.¹³¹⁵

c) Einschränkungen des Einsichtsrechtes

Das Einsichtsrecht wird eingeschränkt durch **therapeutische Aspekte, persönlichkeitsrechtliche Schutzbelange des Arztes und Rechte Dritter**. Daraus können sich gegebenenfalls Grenzen für ein Akteneinsichtsrecht ergeben. So ist durchaus vorstellbar, dass im Rahmen einer ärztlichen Behandlung Informationen in die Krankenakte einfließen, die nicht den Patienten selbst, sondern ihn begleitende Dritte, wie Ehefrau, Kinder oder andere Angehörigen betreffen. Hier ergeben sich aus den Persönlichkeitsrechten dieser dritten Person und ihrem Anspruch auf Achtung der Menschenwürde Grenzen des Akteneinsichtsrechts des betroffenen Patienten. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt¹³¹⁶, dass in solchen Fällen ausnahmsweise das Einsichtsrecht des Patienten Grenzen erfahren muss.¹³¹⁷ Freilich trägt der Arzt in diesem Falle eine ganz besondere Begründungslast. Dabei kann der Arzt nicht abstrakt und allgemein diese Grenzen beschreiben, sondern muss im Einzelfall konkret darlegen, warum die Akte oder Teile davon zurückbehalten werden. Teilweise wird darüber hinaus die Auffassung vertreten, dass bei besonders sensiblen Daten über den Patienten, wie psychiatrische, psychotherapeutische oder psychoanalytische Teile der Dokumentation einem Einsichtsrecht entgegenstehen können, weil es sich hier um die Dokumentation subjektiver Einschätzungen des Arztes selber handelt. Zwar muss auch dem in einer Psychiatrie behandelten Patienten ein Akteneinsichtsrecht grundsätzlich eingeräumt werden, aber unter diesen ganz engen Ausnahmen können die sog. subjektiv wertenden Feststellungen des Arztes¹³¹⁸ einem Akteneinsichtsrecht entgegenstehen.

d) Einschränkungen des Einsichtsrechtes in anderen Rechtsordnungen

¹³¹⁴ Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, § 60 Rn. 5.

¹³¹⁵ Deutsch, Medizinrecht, Rn. 369.

¹³¹⁶ MedR 1999, 180 = NJW 1999, 1777.

¹³¹⁷ BGH, NJW 1989, 764.

¹³¹⁸ BGH, NJW 1983, 328 f.; 1985, 674 f.

Nur in Ausnahmefällen erkennt die Rechtsprechung des BGH Einschränkungen des Einsichtsrechtes aus therapeutischen Gründen an, wobei die Rechtsprechung hier, ebenso wie bei der Aufklärung, enge Grenzen zieht.¹³¹⁹

Das **sog. therapeutische Privileg** wird auch in anderen Rechtsordnungen anerkannt, um den Patienten vor negativen Auswirkungen, die aus der Kenntnis der Krankenunterlagen, insbesondere bei psychiatrischer Behandlung entstehen können, zu schützen. In Norwegen wird beispielsweise im 46. Abschnitt des Gesetzes über die medizinischen Berufe explizit geregelt: "Der Patient ist berechtigt, seine Krankenunterlagen nebst Anlagen einzusehen, es sei denn, der Arzt hält es aus Gründen der Gesundheit des Patienten, der Beziehungen in seiner Familie oder zu nahe stehenden Personen für unangebracht". Ähnliche Einschränkungen werden in Großbritannien¹³²⁰, Spanien¹³²¹, Dänemark¹³²², Norwegen¹³²³ und Schweden¹³²⁴ zum Teil kraft Gesetzes oder von der Rechtsprechung vorgenommen. Als weiterer Verweigerungsgrund wird teilweise anerkannt, dass der Arzt private Aufzeichnungen anfertigt oder auch Rechte Dritter betroffen werden. Diese müssen dann dem Patienten nicht ausgehändigt werden.

e) Akteneinsichtsrecht der Erben

Für das Akteneinsichtsrecht der Erben ist zunächst daran zu erinnern, dass die ärztliche Schweigepflicht den Tod des Patienten überdauert. Deshalb kommt ein Akteneinsichtsrecht für Hinterbliebene, das werden in erster Linie die Erben sein, nur dann in Betracht, wenn dies im zu vermutenden Interesse des Verstorbenen liegt. Dies können nur solche Fälle sein, in denen die Angehörigen nach dem Tode die Voraussetzungen für Schadensersatzansprüche im Rahmen der Behandlung prüfen wollen. Hier könnte im Einzelfall eine Abwägung dazu führen, dass die Erben ein Akteneinsichtsrecht bekommen.¹³²⁵

¹³¹⁹ BGH, NJW 1983, 328 f.

¹³²⁰ Blackie, a. a. O., S. 248 f.

¹³²¹ Romeo-Casabona, Landesbericht Spanien, in: Fischer/Lilie, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, S. 346 f.

¹³²² Pichler, a. a. O., S. 369.

¹³²³ Lodrup in: Medical Responsibility, S. 460, Rn. N 10.

¹³²⁴ Pichler, a.a.O., S. 377.

V. Sterbehilfe

In seinem 1805 verfassten Entwurf einer allgemeinen Therapie hat der hallesche Arzt Johann Christian Reil beklagt, "dass es zwar eine eigene Kunst, dem Menschen ins Leben zu verhelfen, gebe, aber dafür, dass man erträglich wieder hinaus komme, ist fast nichts gethan". Diese Bemerkung Reils, fast 200 Jahre alt, hat nichts von ihrer Aktualität eingebüßt. Nach einer Reihe aktueller und Aufsehen erregender Urteile, angefangen vom Wittig-Fall¹³²⁶ aus dem Jahre 1981 und den Vorgängen um Hackethal und seine Patientin Hermi Eckert¹³²⁷ im Jahre 1984 und schließlich der Entscheidung zur Hilfe zum Sterben¹³²⁸ haben belegt, dass es hier um ein Thema geht, in dem elementare Interessen der Patienten in einer Extremsituation betroffen sind. Eine bislang nach wie vor konsequente und restriktive Rechtsprechung kommt den vielfach geäußerten Wünschen, ein schweres Leid durch lebensbeendende Maßnahmen zu beenden, nicht nach.¹³²⁹

Das Thema Sterbehilfe steht mit allen seinen Facetten ständig weltweit auf der Tagesordnung, wobei bemerkenswert ist, dass Anhänger und Verfechter aktiver Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Sterben schwer leidender Patienten immer mehr Zulauf finden. Dem steht die historische Belastung der Diskussion in Deutschland gegenüber - im Ausland auch als German Disease bezeichnet -, so dass Euthanasie immer ein negativer Begriff in Deutschland bleiben wird.¹³³⁰

Vorreiter in Sachen aktiver Sterbehilfe sind in Europa die Niederlande. In dem Land, in dem traditionell großes Vertrauen in die Ärzte herrscht, wurde kürzlich ein Gesetz beschlossen, wonach aktive Sterbehilfe unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt sein soll (dazu unten mehr). Dies hat die Diskussion insbesondere in Deutschland erneut entfacht.¹³³¹

¹³²⁵ BGH, MedR 1984, 24.

¹³²⁶ BGHSt 32, 367 ff.

¹³²⁷ OLG München, JA 1987, 579 ff.

¹³²⁸ BGHSt 40, 257 ff.

¹³²⁹ Wehkamp, Sterben und Töten. Euthanasie aus der Sicht deutscher Ärztinnen und Ärzte. Ergebnisse einer empirischen Studie, 1989, S. 22; interessant ferner Helou/Wende/Häcke/Rohrman/Buser/Diercks, DMW 2000, 308; Laufs, NJW 2000, 1765.

¹³³⁰ Zur Diskussion in Deutschland Llie, in: Wienke/Lippert (Hrsg.), Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben - Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, S. 75 ff.

¹³³¹ Vgl. z. B. Uhlenbruck, NJW 2001, 2770; Scholten, BtPrax 2001, 231.

Die deutsche Bundesärztekammer hatte sich bereits im September 1998 indirekt von der niederländischen Praxis der aktiven ärztlichen Sterbehilfe distanziert.¹³³² Ihre ablehnende Haltung wird auch in den "**Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung**" unmissverständlich bekräftigt, indem es dort heißt, dass aktive Sterbehilfe unzulässig ist und mit Strafe bedroht wird, auch dann, wenn sie auf Verlangen des Patienten geschieht.¹³³³ Andererseits hat die Bundesärztekammer der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹³³⁴ Rechnung getragen, indem sie Ärzten in der Richtlinie die Möglichkeit eröffnet, lebensverlängernde Maßnahmen bei entsprechendem mutmaßlichen Willen eines bewusstlosen Patienten außerhalb der Sterbephase zu unterlassen. Angesichts der aktuellen Entwicklung in den Niederlanden äußerte sich der Präsident der Bundesärztekammer, Prof. Dr. Hoppe, dahingehend, dass zwar jeder das Recht auf einen würdigen Tod habe, niemand aber das Recht darauf habe, getötet zu werden. Statt dessen forderte er, die Palliativmedizin in Deutschland stärker zu fördern. Euthanasie sei die bewusste und gezielte Tötung von Menschen, sei es auf ausdrücklichen Wunsch des Patienten oder in der Annahme, dass dies dem Wunsch des Patienten entspreche. Dadurch könne ein gesellschaftliches Klima entstehen, das Sterbehilfe zum Mittel der Wahl erkläre bei schwerstkranken, lebensmüden Menschen. Ein Nachgeben beim Wunsch nach aktiver Sterbehilfe wird schnell zu einer Desensibilisierung des Gewissens führen. Die Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung bestärkten Ärztinnen und Ärzte darin, Leben zu erhalten. Die aktive Sterbehilfe sei eine Umkehrung des ärztlichen Auftrags. Ärzte ständen für solche Leistungen nicht zur Verfügung. Lediglich das Therapieziel dürfe sich hin zu palliativmedizinischen Maßnahmen verändern.

1. Rechtslage in Deutschland

Drei große Problemkreise stehen im Zentrum der Diskussion:

- Darf der Arzt einem unheilbar Kranken zur Linderung seiner Schmerzen solche

¹³³² Laut "Vorwort" zum Entwurf der Richtlinie DÄBl. 1997 A-1342 hielt sie die mit der Richtlinie beabsichtigte Standortbestimmung nicht zuletzt in Anbetracht des Wandels der ärztlichen Auffassungen "in einigen unserer Nachbarländer" für notwendig. Vgl. bereits Bundesärztekammer, DÄBl. 1993, C-1628, 1629.

¹³³³ Bundesärztekammer, DÄBl. 1998, B-1852.

¹³³⁴ BGHSt 40, 257 ff.; dem BGH folgend OLG Frankfurt/Main, NJW 1998, 2747 ff.

Medikamente verabreichen, die neben der Schmerzstillung möglicherweise auch den Eintritt des Todes beschleunigen? = indirekte Sterbehilfe

- Soll es auf den Wunsch des Kranken hin zulässig sein, dass der Arzt ihm im Falle einer unheilbaren Erkrankung durch ein aktives Eingreifen von seinem Leiden erlöst? = aktive Sterbehilfe
- Darf sich ein Arzt mit oder ohne Einwilligung des Patienten passiv verhalten und auf den Einsatz von technischen Mitteln zur Lebensverlängerung verzichten, wenn für den Patienten dadurch nur eine kurzfristige, aber mit erheblichen Leiden verbundene Lebensverlängerung erreichbar ist? = passive Sterbehilfe

a) Passive Sterbehilfe

In der Praxis kommt wohl den letztgenannten Fällen die größte Bedeutung zu. Der Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen bei Sterbenden und aussichtslos erscheinenden Behandlungsfällen steht immer unter dem Damoklesschwert der strafrechtlichen Verfolgung, da die §§ 211 ff. StGB für ein Tötungsdelikt grundsätzlich nicht mehr verlangen, als dass Ärzte den Tod eines Patienten durch Tun oder Unterlassen in Garantenstellung herbeiführen. Wenn dem Arzt im Einzelfall eine solche Lebenserhaltungspflicht auferlegt ist, so könnte der Verzicht auf weitere Maßnahmen nur dann unproblematisch sein, wenn der Patient in einer hoffnungslosen Situation sein tatsächliches Einverständnis zur Nichtaufnahme der Behandlung bzw. zu ihrem Abbruch erteilt hat.

Ebenso wie der Arzt an den erklärten Willen des Patienten gebunden ist, wenn dieser wünscht, alles in seiner Macht stehende zur Lebensverlängerung zu tun, hat der Arzt, auch wenn er persönlich anderer Meinung ist, den wohlüberlegten und eindeutig geäußerten Willen des Patienten zu respektieren. Diese Bindung des Arztes erklärt sich aus dem grundgesetzlich geschützten Selbstbestimmungsrecht des Patienten.¹³³⁵ Die Entscheidung des BGH zu den Wuppertalern Krankenschwestern¹³³⁶ hat hier zu einer klaren Aussage geführt. Demzufolge ist für den Fall, dass der todkranke Patient nicht mehr selbst entscheiden kann, sein mutmaßlicher Wille und nicht das Ermessen der behandelnden Ärzte rechtlicher

¹³³⁵ Vgl. Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 288.
¹³³⁶ BGHSt 37, 376 ff.

Maßstab dafür, welche lebensverlängernden Eingriffe zulässig sind und wie lange sie fortgesetzt werden dürfen. Wenn der BGH den mutmaßlichen Willen des Patienten so weit in den Vordergrund rückt, dann hat er sich von der Ärzteschaft die Frage gefallen zu lassen, wie dieser mutmaßliche Wille des Patienten ermittelt werden solle. Freilich muss ich hierzu einräumen, dass die Ausführungen des BGH nicht sonderlich hilfreich sind. So heißt es wortwörtlich, dass "der Inhalt des mutmaßlichen Willens in erster Linie aus den persönlichen Umständen des Betroffenen, aus seinen individuellen Interessen, Wünsche, Bedürfnisse und Wertvorstellungen zu ermitteln sei. Objektive Kriterien, insbesondere die Beurteilung einer Maßnahme als gemeinhin vernünftig oder normal, sowie den Interessen eines verständigen Patienten üblicherweise entsprechend haben keine eigenständige Bedeutung."¹³³⁷ Sie können - so der BGH - lediglich der Ermittlung des individuellen hypothetischen Willens dienen. Für den Fall, dass dem Arzt in der konkreten Situation keine Anhaltspunkte vorliegen, dass der Patient sich anders entschieden hat, wird in der Regel davon auszugehen sein, dass sein Wille mit dem übereinstimmt, was gemeinhin als normal und vernünftig angesehen werden kann. Der Bundesgerichtshof sucht also gegenwärtig einen Ausweg dadurch, dass er das Selbstbestimmungsrecht einerseits betont und andererseits für die Situation, dass der Wille des Patienten nicht festzustellen ist, die individuellen Interessen und Wünsche als Maßstab gelten müssen. Es scheint jedoch problematisch, ob man in solchen Fällen das Selbstbestimmungsrecht des Patienten so stark in den Mittelpunkt einer Entscheidung rücken kann. Stellt man es als einziges Kriterium in den Raum, besteht die Gefahr, dass formelhaft ein abstrakt vernünftiger Mensch in den Vordergrund gerückt wird. Im selben Sinne aber, wie es keine Zentralfigur eines vernünftigen kranken Patienten gibt,¹³³⁸ gibt es auch keinen vernünftigen Patienten im Sterbeprozess. Nur auf diese Weise kann man m. E. der Situation des konkret leidenden Patienten Rechnung tragen. Wollte man im Rahmen der sog. "passiven Sterbehilfe" immer die Selbstbestimmung des Patienten als einziges und letztes Kriterium für den Behandlungsabbruch ansehen, so würde das bedeuten, dass auch in einer ausweglosen Situation mit dem Patienten eine bis ins Einzelne gehende Aufklärung und Verständigung, etwa über Aussichten und Nebenwirkungen chemotherapeutischer Behandlung und den dazu bestehenden Alternativen,

¹³³⁷

BGHSt 35, 246, 249 - BGHSt verweist zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens auf diese Entscheidung.

¹³³⁸

Vgl. hierzu die Ausführungen von Steffen, MedR 1983, 88 ff.

durchgeführt werden müssten.

Leicht kommt man in einen Widerspruch zu dem, was bei der Aufklärung des Patienten gilt: Dort räumen wir dem Arzt unter therapeutischen Gesichtspunkten das Recht ein, dann auf eine Aufklärung vor einer Behandlung zu verzichten, wenn die Belastung für den Patienten größer ist als die Verwirklichung der Selbstbestimmung. Mit Sicherheit wird man das Maß der Selbstbestimmung dort reduzieren können, wo der Patient selbst sein Schicksal vertrauensvoll in die Entscheidung des Arztes legt und etwa einem Vorschlag des Arztes zustimmt.

Trotz der eben angesprochenen Probleme soll der Arzt den Wunsch des Patienten, nicht (weiter) mit lebensverlängernden Maßnahmen behandelt zu werden, dann respektieren, wenn der Kranke diesen Wunsch nicht nur in Folge einer augenblicklichen Depression, sondern bewusstseinsklar und die Konsequenzen seiner Entscheidung überschauend äußert. Für die vielen anderen Fälle, in denen eine derart objektivierbare Entscheidung nicht mehr getroffen werden kann, muss Folgendes gelten: Ist sicher, dass das Endstadium einer unaufhaltbaren Krankheit begonnen hat, und äußert der Patient nicht selbst den Wunsch nach Verlängerung des Leben um jeden Preis und mit allen möglichen medizinischen Mitteln, so kann der Arzt nicht verpflichtet sein, diese Behandlungsmethoden um jeden Preis einzusetzen.¹³³⁹

In diesem Zusammenhang stellt der einseitige Behandlungsabbruch ein drittes schwer wiegendes Problem dar.¹³⁴⁰ Passive Sterbehilfe in der Form des einseitigen Behandlungsabbruchs betrifft insbesondere die Fälle, in denen die Nichtaufnahme oder Nichtfortführung einer Behandlung weder vom tatsächlichen noch vom mutmaßlichen Willen des Patienten abhängig gemacht werden kann, wenn etwa der Arzt den Sterbenden nicht als seinen Patienten von früheren Behandlungen her kennt. Hier besteht Übereinstimmung darüber, dass die Fortsetzung der Therapie um jeden Preis die ärztliche Aufgabe, Leiden zu mindern, verfehlen würde.¹³⁴¹

Die Grenze der ärztlichen Handlungspflicht kann nicht - so klar das auch wäre - durch die technischen Möglichkeiten der Lebenserhaltung bestimmt werden. Es kann nicht die Regel gelten: Was möglich ist, muss auch gemacht werden. Freilich ist die Feststellung der entscheidenden Kriterien für die Grenzen solcher Behandlung

¹³³⁹ Vgl. Lackner/Kühl, Vor § 211 Rn. 8 m. w. N.

¹³⁴⁰ Dazu Schönke/Schröder/Eser, Vorbem §§ 211 ff. Rn. 29 m. w. N.

¹³⁴¹ SK-Horn, § 212 Rn. 26 c.

außerordentlich schwierig.

Sicherlich ist Einigkeit darüber zu erzielen, dass in diesen Fällen die Lebenserhaltungspflicht dort ihre Grenze finden muss, wo dem Menschen aufgrund unwiderruflichen Verlustes aller Reaktions- und Kommunikationsfähigkeit jede Möglichkeit weiterer Selbstwahrnehmung und Selbstverwirklichung genommen ist. Auch ohne das mutmaßliche Einverständnis des Betroffenen ist deshalb spätestens bei nachweislich irreversiblen Bewusstseinsverlust des Patienten ein Sterbenlassen - also keine aktiven Maßnahmen zur Lebensverlängerung - zulässig.¹³⁴² Noch weitergehend meine ich allerdings, dass Ärzte lebensverlängernde Behandlungen nicht erst bei einem irreversiblen Verlust der Kommunikationsfähigkeit oder Umweltbezogenheit unterlassen dürfen. Wenn aggressive Eingriffe im terminalen Stadium nur noch eine kurzfristige, mit Leiden verbundene Verlängerung des Lebens bewirken können, dann muss die Behandlung auf Linderung von Schmerz, Angst und Unruhe sowie auf Pflege und menschliche Zuwendung begrenzt werden. Rechtlich beschränkt die Unzumutbarkeit bloß sinnlosen Ergreifens hier die Pflicht der Behandlung.

Allerdings muss bei einer Unsicherheit der Prognose im Zweifel immer die Lebensverlängerung gewählt werden. Abzuwägen ist im einzelnen Fall zwischen dem möglichen Gewinn einer Lebensverlängerung und der Leidensminderung für den Patienten mit den Belastungen, Schmerzen und Nebenfolgen der Therapie.

Maßgeblich sind die jeweiligen prognostischen Chancen des Einzelfalls und keine allgemeinen Überlebenschancen oder gar Kostenanalysen.

Insgesamt ist bei der passiven Sterbehilfe nur eine ganz vorsichtige Synthese aus Selbstbestimmung und ärztlicher Fürsorge zur Lösung der Konflikte möglich.

b) Indirekte Sterbehilfe

An diese Fragen schließt sich unmittelbar der Problemkreis der indirekten Sterbehilfe an. Es geht also um die eingangs erste Frage, ob der Arzt einem Sterbenden zur Linderung der Schmerzen solche Medikamente verabreichen darf, die neben der Schmerzstillung als Nebenfolge erkennbar den Eintritt des Todes beschleunigen. Hier spielen in erster Linie die Medikamente, bei denen entsprechende Dosierungen

¹³⁴² Vgl. Lackner/Kühl, Vor § 211 Rn. 8 m. w. N.

als Nebenwirkung mit einem schnelleren Eintritt des Todes gerechnet werden muss, eine Rolle. Ein derartiges Vorgehen stellt objektiv eine aktive Tötung dar, die wegen § 216 StGB auch dann, wenn sie auf ein ausdrückliches und ernsthaftes Verlangen des Patienten zurückgeht, bestraft wird. Hier herrscht heute jedoch Einigkeit darüber, dass die notwendige Leidensminderung so stark in den Vordergrund rückt, dass die Möglichkeit einer Lebensverkürzung als Nebenwirkung in Kauf zu nehmen ist.¹³⁴³ Im Gegensatz zur strafbaren aktiven Sterbehilfe wird bei der indirekten Sterbehilfe mit der Handlung primär auf Schmerzlinderung und nicht auf Tötung abgezielt. Als rechtliche Begründung für die Zulässigkeit dieser Maßnahme werden in erster Linie Gesichtspunkte des Notstandes und des erlaubten Risikos angeführt.¹³⁴⁴

Das Problem der indirekten Sterbehilfe hat schließlich eine ganz maßgebliche Entschärfung dadurch erfahren, dass die modernen Schmerztherapien die problematischen Nebenfolgen, nämlich Lebensverkürzung, mittlerweile ausschließen.

c) Aktive Sterbehilfe

Die aktive Sterbehilfe, die auf eine gezielte Lebensverkürzung ausgerichtet ist, ist an § 216 StGB zu messen. Dieser verbietet ausdrücklich die Tötung auf Verlangen. Danach wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, "wer einen anderen auf dessen ausdrückliches und ernstliches Verlangen hin tötet".

Auf der anderen Seite stellt es unser Recht jedem frei, selbst dem eigenen Leben ein Ende zu setzen. Das bedeutet, dass die Selbsttötung, d. h. genauer die misslungene Selbsttötung, in unserer Gesellschaft nicht bestraft wird. Die Straffreiheit der Selbsttötung hat zur Folge, dass auch Anstiftung und Beihilfe dazu straffrei bleiben. Die entscheidende Frage ist deshalb: Wie werden strafbare Tötung auf Verlangen und straflose Teilnahme an der Selbsttötung unterschieden? Mit der Rechtsprechung¹³⁴⁵ kann man folgende Faustregel aufstellen: Solange die letzte entscheidende Handlung und die Entscheidung über diesen Handlungsverlauf vom Sterbewilligen selbst ausgeht und vorgenommen wird, handelt es sich um einen Fall der straflosen Teilnahme zum Selbstmord. Solange hingegen die Entscheidung oder auch die Vornahme der entscheidenden, den Tod herbeiführenden Handlung von

¹³⁴³ Vgl. Schönke/Schröder/Eser, Vorbem §§ 211 ff. Rn. 26 m. w. umfangreichen N.

¹³⁴⁴ Wiedergabe des Meinungsstandes etwa bei Tröndle/Fischer, Vor § 211 Rn. 17; Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, § 149 Rn. 8.

einem Dritten vorgenommen wird, liegt eine strafbare Tötung auf Verlangen vor. Diesen Mechanismus nutzte Hackethal geschickt aus, als er seiner Patientin Hermi Eckert Zyankali verschaffte. In der Strafrechtswissenschaft wird diese Situation freilich als unbefriedigend angesehen.

d) Alternativ-Entwurf Sterbehilfe

Ein Arbeitskreis von Professoren des Strafrechts und der Medizin hat deshalb zu diesem Problem im Jahre 1986 einen Alternativ-Entwurf Sterbehilfe¹³⁴⁶ vorgelegt. Dieser Alternativentwurf enthielt u. a. den Vorschlag, dass Tötung auf Verlangen dann nicht strafbar sein sollte, wenn die Tötung der Beendigung eines schwersten, vom Betroffenen nicht mehr zu ertragenden Leidenszustandes dient, der nicht durch andere Maßnahmen behoben oder gelindert werden kann. Damit sollte klargestellt werden, dass sich aus dieser Vorschrift keine Ansprüche und kein Recht auf eine einverständliche Tötung herleiten lassen. Auch sah man es als wichtig an, dass sich aus dieser Vorschrift kein Recht des Betroffenen, von einem anderen die Beendigung seines Lebens zu verlangen, und erst Recht keine entsprechende Pflicht ableiten lässt.

Es kann niemals eine Rechtspflicht geben, einen anderen Menschen, aus welchem Grund auch immer, zu töten. Insbesondere im Verhältnis zwischen Arzt und Patient - so die Verfasser des Alternativ-Entwurfs - könnte ein solches Recht schließlich dazu führen, den Arzt einem Handlungszwang auszusetzen. Davor sollten Ärzte aber, vor allem im Interesse ihres Berufsethos, geschützt werden.

Leider wurde dieser Gesetzgebungsvorschlag von der Bundesregierung nicht aufgegriffen und hat deshalb keine praktische Bedeutung erlangt.

2. Die Rechtsprechung zum Arzt-Patienten-Verhältnis am Ende des Lebens

Bisher hatte sich die strafrechtliche Rechtsprechung nur in Einzelfällen mit Problemen des Arzt-Patienten-Verhältnisses am Ende des Lebens auseinander zu

¹³⁴⁵ BGHSt 19, 135.

¹³⁴⁶ Abgedruckt beim Laufs, Arztrecht, Rn. 306; dazu auch Tröndle/Fischer, Vor § 211 Rn. 21.

setzen. Diese Fälle spiegeln zugleich die Vielfalt der unterschiedlichen Lebenssachverhalte wider. Diese Entscheidungen haben, wenn man es richtig beobachtet, eher Unsicherheit und Angst als zuverlässige Leitlinien für ärztliches Handeln in den Berufsalltag projiziert. Auch bei den Patienten, deren Angehörigen bzw. Betreuern ist die Verunsicherung groß. Letztendlich hat der medizinische Fortschritt in Abhängigkeit von juristischer Dogmatik die Ungewissheit über die Möglichkeiten am Lebensende in den letzten Jahrzehnten immer weiter verstärkt.

Ein weiterer Aspekt erscheint besonders wichtig. Legt man für die Diskussion um die Rolle des Patientenwillens am Lebensende gerade die Rechtsprechung zugrunde, so darf nicht übersehen werden, dass Maßstäbe aus einer recht ungewöhnlichen Situation entwickelt werden. Die Fälle, mit denen sich die Rechtsprechung zu befassen hatte, sind Extremfälle, die häufig schon wegen ihres tatsächlichen Geschehens fern von den Fällen des Alltags sind. Hinzu kommen in der Regel intensive Konflikte zwischen den Beteiligten, die gerade dazu führen, dass die Staatsanwaltschaft eingeschaltet wird. Es erscheint deshalb nicht unbedenklich, dass gerade aus solchen Fällen, die zum Streit und zur Auseinandersetzung geführt und ein staatsanwaltschaftliches Einschreiten notwendig gemacht haben, Regeln für den Alltag des Sterbens von Menschen abgeleitet werden. Sicherlich hat die Rechtsprechung auch in solchen Fällen eine gewisse Leitfunktion. Freilich sollte man auf der anderen Seite gerade die Entscheidungen solcher Extremfälle nicht zu hoch bewerten. Häufig können durch die Interpretation gerade solcher Konfliktfälle Handlungsanleitungen entwickelt werden, die mehr als lebensfern sind.¹³⁴⁷

M. E. ist der sogenannte **Wittig-Fall** des BGH¹³⁴⁸ aus dem Jahre 1984 der Anfang einer Entscheidungskette und wurde damals auch als Skandal empfunden. In diesem Urteil hat sich der BGH zur Frage des Patientenwillens am Ende des Lebens geäußert. Im Mittelpunkt der Entscheidung stand zwar nicht die Frage der strafrechtlichen Relevanz eines Behandlungsabbruchs wegen schwerer Krankheit. Vielmehr war zu klären, unter welchen Voraussetzungen sich ein behandelnder Arzt, der seinen Patienten nach einem Selbstmordversuch bewusstlos antrifft, wegen eines Tötungsdelikts oder wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar machen kann, falls er nichts zur Rettung seines Patienten unternimmt.¹³⁴⁹ Da jedoch die

¹³⁴⁷ Vgl. hierfür bereits die Ausführungen im Text nach Fn. 1087.

¹³⁴⁸ BGHSt 32, 367 ff.; dazu u. a. Dölling, MedR 1987, 10; Roxin, NSTZ 1987, 346; Tröndle, ZStW 99 (1987), 25, 44 f.; Gropp, NSTZ 1985, 97; Schmitt, JZ 1984, 866; Brändel, ZRP 1985, 85; Sowada, Jura 1985, 75; Schultz, JuS 1985, 270; Herzberg, JA 1985, 177; Eser, MedR 1985, 6.

¹³⁴⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGHSt 32, 262; BGH, NJW 1988, 1532.

Beantwortung dieser Frage auch mit dem Patientenwillen zusammenhängt, gibt die Entscheidung Einiges für unser Problem her. Der 3. Strafsenat hat den Angeklagten sowohl vom Vorwurf eines Tötungsdelikts als auch einer unterlassenen Hilfeleistung nur deswegen freigesprochen, weil er von einem unvermeidbaren Verbotsirrtum ausging. In der Entscheidung wird ausgeführt, dass "zwischen dem ärztlichen Auftrag, jede Chance zur Rettung des Lebens seiner Patienten zu nutzen, und dem Gebot, ihr Selbstbestimmungsrecht zu achten", ein Konflikt bestehe. Die Entscheidung darüber, welche Pflicht im Einzelfall Vorrang habe, richte sich nach den "Maßstäben der Rechtsordnung und der Standesethik".¹³⁵⁰ Dabei hat der BGH ausdrücklich darauf hingewiesen, dass "die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ... ein wesentlicher Teil des ärztlichen Aufgabenbereichs" sei.¹³⁵¹ Da ein Arzt das gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG garantierte Recht auf körperliche Unversehrtheit eines Patienten zu respektieren habe, könne er einen Eingriff, auch wenn dieser für den Patienten lebensnotwendig sei, nicht gegen den Willen des Patienten erzwingen.¹³⁵² Weiterhin hat der BGH ausgeführt, "dass es keine Rechtsverpflichtung zur Erhaltung eines erlöschenden Lebens um jeden Preis gibt. Maßnahmen zur Lebensverlängerung sind nicht schon deshalb unerlässlich, weil sie technisch möglich sind. Angesichts des bisherige Grenzen überschreitenden Fortschritts medizinischer Technologie bestimmt nicht die Effizienz der Apparatur, sondern die an der Achtung des Lebens und der Menschenwürde ausgerichtete Einzelfallentscheidung die Grenze ärztlicher Behandlungspflicht".¹³⁵³

Die zweite Entscheidung, über die hier zu berichten ist, geht auf einen Fall des **Landgerichts Ravensburg** zurück. 1986 hatte das LG Ravensburg einen sowohl in der Bevölkerung als auch in der Strafrechtswissenschaft Aufsehen erregenden Fall der passiven Sterbehilfe zu entscheiden. Der Ehemann einer an amyotropher Lateralsklerose erkrankten und im Sterben liegenden 57-jährigen Frau hatte nach mehrjähriger Pflege auf deren ausdrücklichen Wunsch das Beatmungsgerät ausgeschaltet. Er wurde vom Vorwurf der Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB freigesprochen.¹³⁵⁴ Zur Begründung verwies das Gericht darauf, dass zwar die Tötung fremden Menschenlebens grundsätzlich verboten sei und so auch eine

1350 BGHSt 32, 367, 378.

1351 BGHSt 32, 367, 378 unter Berufung auf BVerfGE 52, 131, 170.

1352 Vgl. BGHSt 11, 111, 113 f. für eine unbedingt notwendige Operation.

1353 BGHSt 32, 367, 379 f.

1354 LG Ravensburg, NSTZ 1987, 229 f.

Einwilligung des Getöteten bzw. sein Tötungsverlangen die Tötung nicht rechtfertigen könnten. Da der Tod aber zum Leben gehöre wie die Geburt und nichts Unnatürliches sei, könne ein unweigerlich dem Tod geweihter Mensch, der aus eigener Kraft nicht mehr weiterleben kann und dessen Leidensverlängerung mit Hilfe technischer Geräte unzweifelhaft nur eine Verlängerung des Sterbevorgangs bedeutet, den Abbruch bzw. das Unterbleiben solcher Maßnahmen verlangen. Wer diesem Verlangen nachkomme, töte nicht, sondern leiste "Beistand im Sterben".¹³⁵⁵

Auch in der Entscheidung im sogenannten **Wuppertaler Krankenschwesternfall**¹³⁵⁶ aus dem Jahre 1991 hat sich der BGH zur Relevanz des Patientenwillens geäußert. Zwar war in erster Linie die Frage zu beantworten, inwieweit sich eine Krankenschwester, die auf der Intensivstation eines Krankenhauses Patienten tödliche Injektionen verabreicht hat, eines heimtückischen Mordes strafbar macht. Dabei hat der BGH aber auch darauf aufmerksam gemacht, dass bei aussichtsloser Prognose Sterbehilfe nicht durch gezieltes Töten, "sondern nur entsprechend dem erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillen durch die Nichteinleitung oder den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen geleistet werden" dürfe.¹³⁵⁷ Zudem hat der BGH ausgeführt, dass allein der mutmaßliche Wille des Patienten rechtliche Grundlage dafür sei, "welche lebensverlängernden Eingriffe zulässig sind und wie lange sie fortgesetzt werden dürfen. ... Die Ausschöpfung intensivmedizinischer Technologie ist, wenn sie dem wirklichen oder anzunehmenden Patientenwillen widerspricht, rechtswidrig."¹³⁵⁸

Zu großen Diskussionen, sowohl in der medizinischen als auch der strafrechtlichen Wissenschaft, führte die Entscheidung des 1. Strafsenats im **Kemptener Fall** aus dem Jahre 1994.¹³⁵⁹ Der BGH hatte zu klären, ob und inwieweit der behandelnde Arzt und ein gerichtlich bestellter Betreuer sich strafbar machen, wenn sie gegenüber dem Pflegepersonal anordnen, die künstliche Ernährung einzustellen. Konkret ging es um die Zustimmung zur Einstellung der künstlichen Ernährung bei einer irreversibel schwerst cerebralgeschädigten Kranken. Die Frage wurde dadurch

1355 LG Ravensburg, NStZ 1987, 229.

1356 BGHSt 37, 376 ff.; dazu Roxin, NStZ 1992, 35 f.

1357 BGHSt 37, 376, 379.

1358 BGHSt 37, 376, 378 auch unter Berufung auf BGHSt 32, 367, 379 f.

1359 BGHSt 40, 257 ff.; dazu u. a. Bernsmann, ZRP 1996, 87; Deichmann, MDR 1995, 983; Dörner, ZRP 1996, 93; Helgerth, JR 1995, 335; Lilie, Festschrift für Steffen, S. 273; ders., in: Refresher Course, Nr. 21, März 1995, S. 49;

kompliziert, dass der behandelnde Arzt gegenüber dem Pflegepersonal diese Maßnahme in der Dokumentation schriftlich angeordnet hatte, nachdem der mitangeklagte Sohn als Betreuer seine Zustimmung zu diesem Vorgehen gegeben hatte. Strafrechtlich handelt es sich dabei um einen mittäterschaftlich begangenen untauglich versuchten Totschlag durch Unterlassen in mittelbarer Täterschaft bei einem vollverantwortlichem Werkzeug. Damit war eine neue Kategorie von Sterbehilfe zur Diskussion gestellt. Es geht um den Abbruch einer Behandlung bei einem nicht mehr äußerungsfähigen, unheilbar kranken Patienten, bei dem der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat.

Der BGH hat ausdrücklich darauf verwiesen, dass auch in diesen Fällen, also bei der Hilfe zum Sterben, das Sterbenlassen durch Abbruch einzelner lebenserhaltender Maßnahmen zulässig sein kann. Der Patient müsse mit dem Abbruch ausdrücklich bzw., wenn dies nicht mehr möglich ist, mutmaßlich einverstanden sein. Auch in diesen Situationen sei das "Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten ..., gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf".¹³⁶⁰ Im Hinblick auf die Gefahr, "dass Arzt, Angehörige oder Betreuer unabhängig vom Willen des entscheidungsunfähigen Kranken, nach eigenen Maßstäben und Vorstellungen das von ihm als sinnlos, lebensunwert oder unnütz angesehene Dasein des Patienten beenden", seien an die Annahme eines mutmaßlichen Willens aber im Vergleich zur Sterbehilfe im eigentlichen Sinne erhöhte Anforderungen zu stellen.¹³⁶¹

"Abzustellen sei auf den mutmaßlichen Willen des Patienten im Tatzeitpunkt, wie er sich nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände darstellt." In diese Abwägung sind nach der Rechtsprechung des BGH u. a. einzubeziehen: frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Kranken, seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen. Lediglich Anhaltspunkte für die Ermittlung des individuellen hypothetischen Willens könnten "objektive Kriterien, insbesondere die Beurteilung einer Maßnahme als gemeinhin »vernünftig« oder »normal«, sein. Wenn der individuelle mutmaßliche Wille nicht feststellbar ist, soll nach Ansicht des BGH auf Kriterien zurückgegriffen werden, die allgemeinen Wertvorstellungen entsprechen,

Schöch, NStZ 1995, 153; Tollmein, KJ 1996, 510; Verrel, JZ 1996, 224; Vogel, MDR 1995, 337; Zielinski, ArztR 1995, 118.

1360 BGHSt 40, 257, 262 unter Bezugnahme auf BGHSt 32, 367, 379; 35, 246, 249; 37, 376, 378 f.

1361 BGHSt 40, 257, 260 f.

wobei die Entscheidung im Einzelfall davon abhängen soll, "wie aussichtslos die ärztliche Prognose und wie nahe der Patient dem Tode ist".¹³⁶²

In der Kemptener Entscheidung hat der BGH gleichzeitig, wenn auch nur kurz, erstmals zu der Frage Stellung genommen, inwieweit ein Betreuer einem Behandlungsabbruch rechtsverbindlich zustimmen und der behandelnde Arzt sich auf diese Willenserklärung berufen kann. Dazu hat er bemerkt, dass die Zustimmung eines Betreuers in einen tödlich verlaufenden Behandlungsabbruch zumindest dann unwirksam und somit für den Arzt nur dann zur Straflosigkeit führt, wenn der Betreuer entsprechend § 1904 Abs. 1 BGB eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eingeholt hat¹³⁶³ ..

Den bisherigen Abschluss der höchstrichterlichen Entscheidungen zum Arzt-Patienten-Verhältnis am Ende des Lebens bildet eine Entscheidung des 3. Strafsenats aus dem Jahre 1996¹³⁶⁴ ..Der BGH hatte sich u. a. mit der strafrechtlichen Relevanz der indirekten Sterbehilfe auseinander zu setzen.

In der Begründung verwies er u. a. darauf, dass "eine ärztlich gebotene schmerzlindernde Medikation bei einem sterbenden Patienten ... nicht dadurch unzulässig (wird), dass sie als unbeabsichtigte, aber in Kauf genommene unvermeidbare Nebenfolge den Todeseintritt beschleunigen kann". Da "die Ermöglichung eines Todes in Würde und Schmerzfreiheit gemäß dem erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillen ... ein höherwertiges Rechtsgut als die Aussicht, unter schwersten, insbesondere sog. Vernichtungsschmerzen, noch kurze Zeit länger leben zu müssen", ist, seien bei der indirekten Sterbehilfe zumindest die Voraussetzungen einer Rechtfertigung wegen Notstandes gegeben, so dass eine Strafbarkeit wegen eines Tötungsdeliktes ausscheide.¹³⁶⁵

3. Konsequenzen für den Patientenwillen

Beurteilt man nun, auch unter Bezugnahme auf diese strafgerichtliche Rechtsprechung, die Rolle des Patientenwillens bei Entscheidungen am Ende des Lebens und das damit verbundene strafrechtliche Gefahrpotenzial für behandelnde

1362 BGHSt 40, 257, 263.

1363 BGHSt 40, 257, 261 f.; vgl. hierzu noch Albrecht, MedR 2000, 431.

1364 BGHSt 42, 301 ff.; dazu Schöch, NSZ 1997, 409; Verrel, MedR 1997, 248; Dölling, JR 1998, 160.

Ärzte, Angehörige und Betreuer, ist zunächst festzuhalten, dass dem Patientenwillen auch am Ende des Lebens eine erhebliche, jedoch nicht die alleinige Entscheidungskompetenz zukommt:

Ausgangspunkt ist die Patientenautonomie. Sie ist eine spezielle Ausgestaltung des Selbstbestimmungsrechts und umfasst die Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der ärztlichen Behandlung.¹³⁶⁶

Das bedeutet aber nicht, dass der Patient generell den Umfang der Behandlung bestimmen kann. Grenzen werden ihm u. a. durch den ärztlichen Standard, also auch dem Haftungsrecht, und durch strafgesetzliche Normen als Ausdruck der verfassungsmäßigen Ordnung gesetzt. So hat ein Patient bzw. die ihn vertretenden Angehörigen rechtlich keine Möglichkeit, die Vornahme einer bestimmten Behandlung zu verlangen, wenn nach medizinischen Gesichtspunkten diese im konkreten Fall ungeeignet ist.¹³⁶⁷ Das Landgericht Karlsruhe hat z. B. den Antrag der Ehefrau eines Schwerstkranken auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziel, ihren Mann an ein Beatmungsgerät anzuschließen, abgelehnt, weil der Patient bereits im Sterben lag und die Beatmung nicht zu einer Leidenslinderung geführt hätte.¹³⁶⁸

Konkret bedeutet das, dass häufig der Umfang der Behandlungspflicht nicht erzwingbar ist, die Patientenautonomie aber dann in den Vordergrund tritt, wenn eine mögliche Behandlung beschränkt werden soll.¹³⁶⁹ Vor diesem Hintergrund haben die behandelnden Ärzte, das Pflegepersonal, aber ebenso die Verwandten und Betreuer selbst scheinbar unvernünftige Entscheidungen des Patienten zu akzeptieren. Das gilt insbesondere, wenn er sich nicht weiterbehandeln lassen will, obwohl dies objektiv notwendig ist und sonst der Todeseintritt beschleunigt werden könnte. Der Patient hat, wie es Taupitz in seinem Gutachten zum Juristentag formuliert hat, die "Freiheit zur Krankheit", das "Recht auf den eigenen Tod" und die "Freiheit des Sterbens".¹³⁷⁰

1365 BGHSt 42, 301, 305.

1366 BGHZ 90, 96, 100 ff.; BGHSt 40, 257, 260; Taupitz, Gutachten A für den 63. DJT, A 12 f.; Berger, JZ 2000, 797.

1367 LG Karlsruhe, NJW 1992, 756; vgl. auch BGH, NJW 1978, 1206.

1368 LG Karlsruhe, NJW 1992, 756.

1369 Ausführlich Taupitz, Gutachten A für den 63. DJT, A 13, auch Fn. 14.

1370 Vgl. Taupitz, Gutachten A für den 63. DJT, A 13.

In der Beziehung zwischen Arzt und Patient wird dem Selbstbestimmungsrecht dadurch Rechnung getragen, dass der Patient in jeden Eingriff nach umfassender Aufklärung einwilligen muss.¹³⁷¹ Handelt ein Arzt ohne bzw. gegen den Willen des Patienten, kommt eine Strafbarkeit wegen Körperverletzungsdelikten in Betracht.¹³⁷²

Das heißt aber gleichzeitig, dass eine Strafbarkeit des Arztes wegen Unterlassens der weiteren Behandlung ausscheiden muss, wenn der Patientenwille weitere Eingriffe nicht deckt. Dies gilt auch, wenn aus medizinischer Sicht die Weiterbehandlung an sich geboten ist. Insoweit besteht in Rechtsprechung und Literatur weitgehend Einigkeit.¹³⁷³

Unproblematisch ist es für den Arzt, den Willen des Patienten zu ermitteln, wenn der Patient einwilligungsfähig, d. h. urteils- und einsichtsfähig,¹³⁷⁴ ist und sich äußern kann. Mit Blick auf den zu akzeptierenden Patientenwillen scheidet eine Strafbarkeit wegen des Abbruchs bzw. der Nichteinleitung einer Behandlung aus, auch wenn das den Tod des Patienten beschleunigt. Ebenso ändern entgegenstehende Ansichten der Angehörigen nichts an der Verbindlichkeit des Patientenwillens. Für den behandelnden Arzt empfiehlt es sich in diesen Fällen jedoch, den Ablauf genau zu dokumentieren.

Sowohl praktisch als auch rechtlich schwieriger ist die Rechtslage aber dann, wenn sich die Patienten am Lebensende, insbesondere in der Intensivmedizin, selbst nicht mehr äußern können oder wegen der Umstände nicht mehr einwilligungsfähig sind. Wenn ein Arzt in dieser Situation vor der Entscheidung steht, ob eine Behandlung fortgesetzt, abgebrochen bzw. nicht eingeleitet wird, muss er, auch im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts bzw. wegen Körperverletzungsdelikten, nicht nur auf die medizinische Notwendigkeit der Weiterbehandlung abstellen, sondern zumeist gleichzeitig ermitteln, was der Patient in dieser Situation gewollt hätte. Abzustellen ist unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf den mutmaßlichen Willen des

1371 Vgl. BGHSt 35, 246, 248 ff.; 16, 303; 12, 379; BGHZ 29, 33; 29, 46, 49; vgl. auch SK-Horn, § 223, Rn. 35 ff.

1372 Vgl. nur BGHSt 11, 111, 113.

1373 Beispielhaft BGHSt 32, 367, 378; 11, 11, 113 f.; Deutsch, Medizinrecht, Rn. 393, 397; Höfling, JuS 2000, 111, 114; Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, § 52, Rn. 9.

1374 Zur Einwilligungsfähigkeit vgl. BVerfGE 10, 309; BGHSt 4, 90; 12, 382; auch Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, § 139, Rn. 27 ff.

betroffenen Patienten im Tatzeitpunkt.¹³⁷⁵ Entspricht die Fortsetzung der Behandlung nicht dem mutmaßlichen Willen des Patienten, hat der Arzt das grundsätzlich zu akzeptieren. Das heißt gleichzeitig, dass dann auch ein Behandlungsabbruch, der zur Lebensverkürzung führt, nicht mehr strafbar ist.¹³⁷⁶

Hinter dieser Feststellung verbergen sich drei, heute höchst umstrittene und man kann wohl auch sagen ungeklärte Fragen:

Als Erstes ist zu analysieren, wie der hier zu ermittelnde mutmaßliche Wille das strafrechtliche Entscheidungsschema beeinflusst. Eine starke Meinung in der Literatur und, wenn auch nicht ganz deutlich, wohl auch der BGH interpretieren den mutmaßlichen Willen als mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch und damit als Rechtfertigungsgrund.¹³⁷⁷ Hiergegen lassen sich drei Argumente ins Feld führen. Aus der ausdrücklichen Bestrafung der Tötung auf Verlangen in § 216 StGB folgt, dass man in seinen eigenen Tod, gleichgültig, ob er durch Tun oder Unterlassen herbeigeführt wird, niemals rechtfertigend einwilligen kann. Deshalb ist grundsätzlich eine Einwilligung in die eigene Tötung ausgeschlossen.

Der Wille des Patienten, sei er direkt geäußert oder nur vermutet, wirkt sich unmittelbar auf den ärztlichen Behandlungsauftrag aus und begrenzt auch den Umfang der ärztlichen Aufgaben. Daraus kann man dann aber nur den Schluss ziehen, dass eine Therapiebegrenzung in Abstimmung auch mit dem geäußerten oder mutmaßlichen Willen des Patienten eine entsprechende Wirkung entfaltet. Unter diese Prämisse endet oder ändert sich die Stellung des Arztes in Bezug auf die Rettung des Lebens des Betroffenen. Für die Fälle des Behandlungsabbruchs bedeutet das dogmatisch, dass der Wille des Patienten die Garantenstellung des Arztes für das Wohl und Wehe des Patienten aufhebt und damit eine wesentliche Voraussetzung für den Tatbestand eines Tötungsdelikts entfällt.

Nachdem so geklärt ist, wie der Wille des Patienten einzuordnen ist, muss freilich noch bestimmt werden, wie der behandelnde Arzt den mutmaßlichen Willen des Patienten zu ermitteln hat. Hier können die vom BGH im Kemptener Fall genannten

1375 BGHSt 40, 257, 260, 262.

1376 So im Ergebnis, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungsansätzen, der überwiegende Teil von Rechtsprechung und Literatur vgl. nur beispielhaft BGHSt 32, 367, 378; Deutsch, Medizinrecht, Rn. 393, 397; Coeppicus, NJW 1998, 3381, 3384; Helgerth, JR 1995, 338, 339; Schöch, NSTZ 1995, 153, 155.

1377 Vgl. insoweit BGHSt 40, 257, 262 ff.; Coeppicus, NJW 1998, 3381, 3382 f.; Rönnau, JA 1996, 108, 111, 114; Stalinski, BtPrax 1999, 86 f.; Verrel, JZ 1996, 224, 226.

und von mir oben erwähnten Kriterien herangezogen werden.¹³⁷⁸ Besondere Bedeutung kommt dabei früheren mündlichen und schriftlichen Äußerungen des Patienten zu. Vor diesem Hintergrund wird immer häufiger die Frage aufgeworfen, inwieweit der Arzt an Patientenverfügungen gebunden ist bzw. sich hinsichtlich der Gefahr der Verurteilung wegen Tötung durch Unterlassen auf diese als Ausdruck des Willens verlassen kann. Dieses Problem wird sowohl in der Medizin als auch der Rechtswissenschaft unterschiedlich bewertet. Früher neigte man zu der Ansicht, Patientenverfügungen überhaupt keine Bedeutung zuzumessen.¹³⁷⁹ Je populärer sie wurden, desto eher sah man sie als Auslegungshilfe zur Bestimmung des mutmaßlichen Willens an.¹³⁸⁰ Heute geht der Streit wohl in erster Linie dahin, dass man Patientenverfügungen anerkennen will, sich aber im Einzelnen nicht darüber einig ist, unter welchen Voraussetzungen ihnen Bindungswirkung zukommt.¹³⁸¹ Keine Probleme ergeben sich m. E., wenn sich in der Patientenverfügung die konkrete Situation wiederfinden lässt, die Entscheidung des Patienten klar ist, keine Zweifel an seiner Einwilligungsfähigkeit im Zeitpunkt des Verfügungserlasses bestehen und Anzeichen für eine Wandlung des Willens in der Zwischenzeit nicht vorliegen.¹³⁸² Aber wann ist das in der Praxis schon der Fall?

Diese Erkenntnis führt zum dritten und heute eigentlichen Problem der Auswirkungen des Patientenwillens. Es geht darum, wann der ausdrückliche oder mutmaßliche Patientenwille in der Praxis den Behandlungsauftrag begrenzt, wann die Behandelnden an Vorgaben der Angehörigen, der Betreuer oder Dritter gebunden sind. Schließlich muss man sich Gedanken darüber machen, wann vor dem Behandlungsabbruch vom Vormundschaftsgericht ein Betreuer bestellt werden muss. Einigkeit besteht heute dahingehend, dass Angehörige aus ihrer Position heraus keine selbstständige Entscheidungskompetenz hinsichtlich der Fortsetzung der Behandlung haben. Ihre Ausführungen können aber dem behandelnden Arzt eine große Hilfe bei der Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens sein.

Anders ist es nach überwiegender Auffassung mit Erklärungen des für den Aufgabenkreis der Gesundheitsfürsorge bestellten Betreuers. Da dieser für den

1378 BGHSt 40, 257, 263.

1379 Detering, JuS 1983, 418, 422; Spann, MedR 1983, 13.

1380 Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, § 149, Rn. 13; Schreiber, Deutsch-Festschrift, 773, 782.

1381 Taupitz, Gutachten A für den 63. DJT, A 105 ff.; Verrel, MedR 1999, 547; Höfling, JuS 2000, 111, 116; ferner Albrecht, Intensiv- und Notfallmedizin 2000, 185 ff..

Betreuten in Behandlungen rechtswirksam einwilligen kann, wird zumeist davon ausgegangen, dass in seinen Aufgabenbereich als gesetzlicher Vertreter auch die Zustimmung zu einem Behandlungsabbruch mit hineinfällt.¹³⁸³ Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH im Kemptener Fall bedarf die wirksame Zustimmung des Betreuers zu einem Behandlungsabbruch in analoger Anwendung von § 1904 Abs. 1 BGB aber der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.¹³⁸⁴ Beides aber bedeutet für den behandelnden Arzt, dass er sich unter strafrechtlichen Gesichtspunkten nicht generell auf den von ihm selbst ermittelten mutmaßlichen Willen des Patienten verlassen darf. Vielmehr muss er mit dem Betreuer in Kontakt treten und auf ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren bestehen, damit eine Strafbarkeit wegen Tötung durch Unterlassen ausgeschlossen werden kann.

Jedoch bestehen bereits Zweifel daran, ob ein für den Aufgabenkreis der Gesundheitsfürsorge bestellter Betreuer für die Entscheidung über einen Behandlungsabbruch wirklich zuständig sein kann.¹³⁸⁵ Im Gegensatz zur Einwilligung in eine ärztliche Behandlung ist der Verzicht auf weitere Behandlungen wegen seiner Auswirkungen eine höchstpersönliche Entscheidung, die nicht von einem gesetzlichen Vertreter stellvertretend getroffen werden kann. Dies folgt bereits aus den Grenzen des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹³⁸⁶ Zudem mangelt es an einer, z. B. § 1905 BGB entsprechenden, ausdrücklichen Ermächtigung des Betreuers, über den Behandlungsabbruch als an sich höchstpersönliche Entscheidung zu befinden. Insbesondere ist der Behandlungsabbruch keine Heilbehandlung im Sinne von § 1904 BGB.¹³⁸⁷ Die scheinbare Nähe zum allgemeinen Aufgabenkreis "Gesundheitsfürsorge" reicht insoweit gerade nicht. Geltend gemacht werden kann auch nicht, dass der Betreuer keine eigene, sondern eigentlich die Erklärung des Betreuten abgibt, er also dem Willen des Betreuten Rechnung trägt.¹³⁸⁸ Die Entscheidung eines Betreuers ist gerade nicht (nur) vom Willen des Patienten getragen. Vielmehr hat gemäß § 1901 Abs. 1 Satz 1 BGB der

1382 Ausführlich Taupitz, Gutachten A für den 63. DJT, A 105 ff.

1383 OLG Frankfurt, NJW 1998, 2747, 2748; LG Duisburg, NJW 1999, 2744 mit Anm. Albrecht, MedR 200, 431 ff.; Coepicus, NJW 1998, 3381, 3384; Otto, Jura 1999, 434, 439 f.; Saliger, JuS 1999, 16, 18; Taupitz, Gutachten A für den 63. DJT, A 69 f.; Verrel, JR 1999, 5, 8;

1384 BGHSt 40, 257, 261 f.

1385 Schlüssig Seitz, ZRP 1998, 417, 419 f.

1386 Seitz, ZRP 1998, 417, 420.

1387 So die unbestrittene Meinung in Literatur und Rechtsprechung; es wird allenfalls eine analoge Anwendung in Betracht gezogen; vgl. nur BGHSt 40, 257, 261 f.; OLG Frankfurt/M., NJW 1998, 2747, 2748; LG Duisburg, NJW 1999, 2744; Bienwald, FamRZ 1998, 1138; Frister, JR 1999, 73 f.

1388 So aber Coepicus, NJW 1998, 3381, 3384; Otto, Jura 1999, 434, 439 f.; Saliger, JuS 1999, 16, 18..

Betreuer die Angelegenheiten des Betreuten nach dessen Wohl zu besorgen. Zwar verdeutlicht Satz 2 des gleichen Absatzes, dass zum Wohl des Betreuten auch die Möglichkeit gehört, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Jedoch sind somit Wohl und Wille des Betreuten gerade nicht inhaltsgleich. Zudem treten die Wünsche zurück, wenn sie seinem Wohl widersprechen.

Anders ist es m. E. bei Erklärungen der sog. Vorsorgebevollmächtigten. Jeder ist berechtigt, für den Fall, dass man tatsächlich oder rechtlich nicht mehr in der Lage ist, seinen Willen zu äußern, eine oder mehrere andere Personen als Bevollmächtigte einzusetzen.¹³⁸⁹ Diese geben, wenn der Patient einwilligungsunfähig geworden ist, Entscheidungen mit bindender Wirkung sowohl für den Patienten als auch die anderen Beteiligten ab.¹³⁹⁰ Voraussetzung ist aber, dass der Vollmachtgeber die Vollmacht schriftlich abfasst und in ihr genau geregelt hat, für welche Bereiche und Angelegenheiten der Bevollmächtigte auftreten kann, insbesondere ob zu seinen Aufgaben auch die Entscheidung über einen Behandlungsabbruch zählt.¹³⁹¹ Da der Betroffene selbst bestimmt, wer sein Bevollmächtigter im letzten Lebensabschnitt ist, sowie dessen Aufgabenkreis und seine Entscheidungsgrundlagen genau festsetzt, wird bei der Erklärung durch einen Bevollmächtigten zur Therapiebegrenzung dem Willen des Betroffenen ausdrücklich Rechnung getragen. Gleichzeitig wird so seinem Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrecht entsprochen. Das heißt, dass ein Arzt an Entscheidungen des Vorsorgebevollmächtigten grundsätzlich gebunden ist und sich aus strafrechtlicher Sicht auf sie berufen kann.

Jedoch stellt sich an dieser Stelle die für die Bewertung der Strafbarkeit von Arzt und Vorsorgebevollmächtigtem entscheidende Frage, inwieweit die Erklärung des Vorsorgebevollmächtigten zum Behandlungsabbruch zur Wirksamkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Durch das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25.06.1998¹³⁹² hat der Gesetzgeber u. a. § 1904 BGB insoweit geändert, als dass nicht mehr nur für Einwilligungen eines Betreuers, sondern auch für solche eines Bevollmächtigten in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff die

1389 Vgl. zur Vorsorgevollmacht Bienwald, BtPrax 1998, 164 ff.

1390 Vgl. Handreichung für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen, Deutsches Ärzteblatt 96 (1999), C-1995.

1391 Vgl. auch § 1904 Abs. 2 BGB; auch Bienwald, BtPrax 1998, 164 ff.; Uhlenbruck, NJW 1996, 1583 f.

Genehmigung des Vormundschaftsgerichts notwendig sein kann. Voraussetzung ist, dass die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute/Vollmachtgeber auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Wäre die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in entsprechender Anwendung von § 1904 Abs. 2 BGB auch bei Entscheidungen des Vorsorgebevollmächtigten über einen Behandlungsabbruch notwendig, würden sich sowohl behandelnder Arzt als auch Vorsorgebevollmächtigter der Gefahr einer Strafbarkeit wegen Tötung durch Unterlassen aussetzen, wenn das Vormundschaftsgericht vorher nicht angerufen wurde. Die Garantenstellung von Arzt und Betreuer hinsichtlich des Lebens des Patienten würde danach nur dann entfallen, wenn das Vormundschaftsgericht den Behandlungsabbruch genehmigt hat. Das Meinungsbild zur Notwendigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist in Rechtsprechung und Literatur sehr vielfältig. Der BGH ist in der Kemptener Entscheidung ohne große Auseinandersetzung mit der Problematik im Wege eines Erst-Recht-Schlusses von dem Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ausgegangen.¹³⁹³ Dem haben sich einige Gerichte und ein Teil der Literatur angeschlossen.¹³⁹⁴ Teilweise wird eine Anwendung von § 1904 BGB aber auch ausdrücklich abgelehnt.¹³⁹⁵ M. E. bestehen hinsichtlich einer entsprechenden Anwendung des § 1904 BGB auf die Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen erhebliche Bedenken.

4. Rechtslage in anderen europäischen Staaten

a) Niederlande

In Anbetracht der Tatsache, dass die Niederlande im Hinblick auf die aktive Sterbehilfe in Europa Vorreiter sind, soll der Rechtslage dort ein besonderer

1392 BGBl. I, S. 1580.

1393 BGHSt 40, 257, 261 f.

1394 Z. B. BGHSt 40, 257, 261 f.; OLG Frankfurt, NJW 1998, 2747, 2748 f.; NJW 2002, 689; LG Duisburg, NJW 1999, 2744; OLG Karlsruhe/Freiburg, NJW 2002, 685; offengelassen bei OLG Düsseldorf, NJW 2001, 2807; Frister, JR 1999, 73; Gründel, NJW 1999, 3391, 3392; Knieper, NJW 1998, 2720; Otto, Jura 1999, 434, 439 f.; Rehborn, MDR 1998, 1464, 1465 ff.; Saliger, JuS 1999, 16, 18 f.; ders., KritV 1998, 118, 133 ff., 145 ff.; Stalinski, BtPrax 1999, 86 ff.; Verrel, JR 1999, 5, 7 f.; Zöller, ZRP 1999, 317, 318.

1395 U. a. LG München, NJW 1999, 1788, 1789; AG Hanau, BtPrax 1997, 82, 83; AG Ratzeburg, SchlHA 1999, 50; Alberts, NJW 1999, 835 f.; Albrecht, MedR 2000, 431; Bernsmann, ZRP 1996, 87, 91; Deichmann, MDR 1995, 983, 984; Dodegge, NJW 1999, 2709, 2714; ders., NJW 1997, 2425, 2432; Jürgens, BtPrax 1999, 159; Kutzer, MedR 2001, 77; Müller-Freienfels, JZ 1998, 1123, 1124 ff.; Nickel, MedR 1998, 520; Seitz, ZRP 1998, 417, 419 ff.

Augenmerk geschenkt werden. Ausgangspunkt ist dabei zunächst die Feststellung, dass vorsätzliche lebensbeendende Maßnahmen ohne Vorliegen eines ausdrücklichen oder frei verantwortlichen Verlangens des Opfers in Art. 287 und 289 hollStGB unter Strafe gestellt sind. Im Folgenden soll es jedoch um die aktive Sterbehilfe auf Verlangen gehen.¹³⁹⁶

Nach mehr als 20jähriger Debatte und einigen Gerichtsurteilen, in denen die Rechtsprechung die Bedingungen für eine strafrechtlich nicht weiter zu verfolgende ärztliche Sterbehilfe verfeinerte, trat am 1. Juni 1994 ein **Euthanasiegesetz** in Kraft: Nach diesem blieb die aktive Sterbehilfe strafbar, ebenso die Beihilfe zum Suizid.¹³⁹⁷ Insofern erfolgte keine Änderung des Strafgesetzbuches. Ärzte jedoch, die auf ausdrücklichen Wunsch ihres Patienten unter bestimmten Bedingungen aktive Sterbehilfe leisteten, blieben straffrei. Diese Bedingungen betreffen die Umstände und das Verfahren: Voraussetzung war der Wunsch des Patienten, der ausdrücklich, freiwillig und anhaltend geäußert worden sein muss. Der Patient musste unerträglich und hoffnungslos leiden und es durfte keine akzeptable Alternative bestehen, das Leiden zu lindern. Der Arzt hatte einen weiteren Arzt zu konsultieren. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt und in einem Dokument festgehalten waren, ermittelte der über jeden Fall von Sterbehilfe zu informierende Staatsanwalt nicht gegen den Arzt. Ermitteln musste er jedoch, wenn der Patient zwar leidet, nicht aber ausdrücklich geäußert hat, sterben zu wollen, weil auch in diesen Fällen gemäß dem Meldeverfahren dem Staatsanwalt der Sachverhalt mitzuteilen war. Eine passive Sterbehilfe konnte mit drei Jahren Gefängnis bestraft werden. Das Meldeverfahren bestand darin, dass der Arzt den kommunalen Leichenbeschauer über das Vorliegen der o. g. Voraussetzungen informiert. Das Gutachten wurde an den Gemeindefeldarzt weitergeleitet, dieser nahm dann die Leichenschau vor und der Leichenbeschauer informierte die Staatsanwaltschaft.

Im Laufe des Jahres 1998 akzeptierte das Parlament eine neue Regelung für die Euthanasiemeldungen. Diese mussten nun nicht mehr zusammen mit dem Informationsblatt der Leichenbeschauer direkt zum Staatsanwalt geschickt werden, sondern gelangten zunächst in die Hände einer Kommission, die aus Ethikern,

¹³⁹⁶ Vgl. zu diesem gesamten Themenkomplex Reuter, Die gesetzliche Regelung der aktiven ärztlichen Sterbehilfe des Königreichs der Niederlande - ein Modell für die Bundesrepublik Deutschland?, *Sagel/Grande*, ZStW 111 (1999), 742.

¹³⁹⁷ Dute, Landesbericht Niederlande, in: FischerLilie, *Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich*, S. 285.

Juristen und Ärzten besteht. Vorläufiger Abschluss der Entwicklung in den Niederlanden ist ein Gesetz, das die Legalisierung der Euthanasie und der Selbstmordunterstützung vorsieht. Nachdem bereits im November 2000 der Gesetzentwurf mit dem Titel "**Überprüfung bei Lebensbeendigung und bei der Hilfe bei der Selbsttötung**" (Nr. 26691) die zweite Parlamentskammer mit großer Mehrheit passiert hatte, ist er am 10. April 2001 von der ersten Kammer des niederländischen Parlaments – auch Senat genannt – angenommen und zugleich eine dazu notwendige Änderung des Strafgesetzbuchs und des "Gesetzes über das Leichen- und Bestattungswesen" beschlossen worden.¹³⁹⁸ Damit wurde die in den Niederlanden schon seit 1994 geltende Sterbehilferegelung neugefasst, insbesondere durch die Einführung von ausführlichen Sorgfaltskriterien. Zwar bleiben aktive Sterbehilfe und Beihilfe zum Selbstmord weiterhin strafbewehrt. Sie werden aber unter bestimmten Voraussetzungen entkriminalisiert. Euthanasie wird damit erstmals auf einer gesetzlichen Grundlage möglich sein. Die Niederlande sind der erste Staat, der die Tötung auf Verlangen unter bestimmten Bedingungen von Strafverfolgung befreit. Nunmehr ist die aktive Sterbehilfe straffrei, wenn folgende Kriterien beachtet werden: Der Patient muss "unerträglich und aussichtslos" leiden. Bedingung ist außerdem, dass der Arzt den Patienten über seine "Perspektive" informiert hat. Der Kranke muss den "freiwilligen, wohl erwogenen, langfristigen Todeswunsch" hegen. Der Arzt hat einen unabhängigen Kollegen hinzuzuziehen. Die Beendigung des Lebens soll "medizinisch sorgfältig" erfolgen. Die Sterbehilfe ist meldepflichtig. Im Wesentlichen ändern sich die bisherigen Verfahrensweisen der Berichterstattung sowie die Bedingungen für eine straffreie Sterbehilfe nicht. Neu an dem Gesetz ist aber eine Richtlinie für Kinder. Dem Sterbewunsch Jugendlicher zwischen 16 und 17 Jahren kann auch ohne Zustimmung der Eltern entsprochen werden. Kinder zwischen 12 und 16 Jahren sind in der Regel auf die Zustimmung ihrer Eltern angewiesen. In genau definierten Ausnahmefällen kann der Arzt aber auch gegen den Willen der Eltern Sterbehilfe leisten.

Neu ist weiterhin die Entkriminalisierung der Sterbehilfe bei Patienten, die auf Grund von Demenz entscheidungsunfähig sind. Der Todeswunsch von Demenzkranken, die bei vollem Bewusstsein eine Euthanasieerklärung unterzeichnet haben, wird akzeptiert - auch wenn sie zum Zeitpunkt der eigentlichen Sterbehilfe nicht mehr

¹³⁹⁸

Vgl. dazu FAZ v. 11.04.2001, S. 1, 2; FAZ v. 14.04.2001, S. 11; das Gesetz ist abgedruckt in BtPrax 2001, 242 ff.; dazu Janssen, ZRP 2001, 179; de Groot, BtPrax 2001, 223.

ansprechbar sind. Ziel des Gesetzes war es, das Strafrecht in Einklang mit der herrschenden Praxis zu bringen und den Ärzten Rechtssicherheit zu gewährleisten. Generell bleibt es nach dem niederländischen Strafgesetz jedoch weiterhin ein Strafdelikt, jemanden auf dessen Ersuchen hin des Lebens zu berauben, auf das eine Höchststrafe von 12 Jahren Gefängnis steht. In dem betreffenden Strafgesetz (Art. 293 StGB) wird für das neue Gesetz nur eine Ausnahmeregelung geschaffen.

b) Österreich

Hier wird wie im deutschen Recht zwischen der aktiven (Euthanasie), der passiven (Unterlassung der Lebensverlängerung) sowie den Formen der indirekten Sterbehilfe (Hilfe im Sterben) unterschieden. Die Strafbarkeit der aktiven Sterbehilfe wird fast allgemein angenommen.¹³⁹⁹ Gemäß § 77 ÖStGB wird derjenige mit bis zu fünf Jahren Gefängnis bestraft, der einen anderen auf dessen ernstliches und eindringliches Verlangen hin tötet. Mitleid als Motiv hat dabei nur bei der Strafzumessung Bedeutung.¹⁴⁰⁰ Die Mitwirkung am Selbstmord, die für den Selbstmörder selbst straflos bleibt, wird gemäß § 78 ÖStGB ebenfalls mit bis zu fünf Jahren Gefängnis bestraft. Bei indirekter Sterbehilfe verneint man unter Berufung auf die Sozialadäquanz die objektive Zurechnung des Erfolges. Die passive Sterbehilfe ist auf ausdrücklichen Willen des Patienten hin erlaubt, eine Weiterbehandlung führt nach § 110 ÖStGB zu einer Bestrafung wegen eigenmächtiger Heilbehandlung.

Das Bundesgesetz über die Krankenanstalten (KAG) wurde seit 1985 zehnmal novelliert. § 5 a Nr. 9 erhielt dabei folgende Fassung: "Durch die Landesgesetzgebung sind die Träger von Krankenanstalten unter Beachtung des Anstaltszwecks und des Leistungsangebotes zu verpflichten, dass ein würdevolles Sterben sichergestellt ist und die Vertrauenspersonen Kontakt mit dem Sterbenden pflegen können."

Die Problematik der Beachtlichkeit sogenannter Patiententestamente liegt nach der Entscheidung des OGH vom 16.7.1998¹⁴⁰¹ darin, ob der Patient zur Zeit der

¹³⁹⁹ Foregger/Kodek/Fabrizy, ÖStGB, § 75, S. 213.
¹⁴⁰⁰ Dieselben, S. 217.
¹⁴⁰¹ RdM 1999, 105.

Errichtung dieser Erklärung noch handlungsfähig war. Ist dies zu bezweifeln, so wird der Arzt bei seiner Abwägung allein auf Grund der Erklärung die Behandlung nicht unterlassen dürfen.

c) Schweiz

In der Schweiz sind aktive und passive Sterbehilfe nicht besonders geregelt. Nach wie vor gelten die Richtlinien der Schweizer Akademie der Wissenschaften (ASAMW) vom 28.1.1976/17.11.1981.¹⁴⁰²

Die aktive Sterbehilfe ist unabhängig vom Willen des Patienten strafbar. Gemäß § 114 schweizStGB wird die Tötung auf Verlangen milder bestraft. Die passive Sterbehilfe ist zulässig.¹⁴⁰³ Bei indirekter Sterbehilfe ist zwar Tötungsvorsatz in Gestalt eines Eventualvorsatzes gegeben, weil der beschleunigte Tod als mögliche Nebenfolge der Verabreichung schmerzlindernder Medikamente billigend in Kauf genommen wird. Gleichwohl wird indirekte Sterbehilfe von der juristischen Literatur einstimmig als zulässig erachtet.¹⁴⁰⁴

d) Großbritannien

Das englische Case Law, in dem es keine Sonderregelungen zur Euthanasie gibt, geht sowohl bei Euthanasie als auch bei Beihilfe zum Suizid von Mord aus,¹⁴⁰⁵ der mit lebenslanger Freiheitsstrafe bewehrt ist. Die Beihilfe zum straflosen Selbstmord kann nach dem Suizid Act von 1961 (c. 60) mit einer Gefängnisstrafe bis zu 14 Jahren bestraft werden.¹⁴⁰⁶ Dennoch wurde in Fällen darauf hingewiesen, dass es eine absolute Verpflichtung zur Fortsetzung menschlichen Lebens nicht gäbe. Im einzigen höchstrichterlich entschiedenen Fall in den letzten 10 Jahren, R. v. Cox (1992) 12 BMLR 38, hatte der Arzt ein Mittel verabreicht, das den Schmerz nicht beendete, selbst aber auch keine Schmerzen verursachte. Nur versuchter Mord

¹⁴⁰² Abgedruckt in: Deutsch/Schreiber, Medical Responsibility, S. 780.

¹⁴⁰³ Heine, Landesbericht Schweiz, in: Eser/Koch, Materialien zur Sterbehilfe (1991), S. 595.

¹⁴⁰⁴ Heine, JR 1986, 314.

¹⁴⁰⁵ Blackie, Landesbericht England und Schottland, a.a.O., S. 239 f.; Huber, Landesbericht Großbritannien in: Eser/Koch, Materialien zur Sterbehilfe, S. 342.

wurde deshalb angenommen, weil nicht festzustellen war, ob die Patientin im natürlichen Verlauf ihrer Krankheit oder durch das Eingreifen des Arztes starb. Die vom Richter an die Jury gestellte Frage lautete, ob das Hinübergleiten in den Tod nicht per se eine Schmerzlinderung wäre. Sofern der Arzt dies in erster Linie (primary intention) beabsichtigt hätte, wäre er freizusprechen.

Mittlerweile werden in England auch Situationen anerkannt, in denen es gestattet ist, die (zumindest künstliche) Ernährung einzustellen. Im Fall (Airedale NHS Trust v. Bland [1993] 1 All Er 821 per Lord Keith 860) hat das Gericht aber bewusst keine Kriterien festgelegt, sondern es dem Parlament vorbehalten, Richtlinien für einzelne Fälle zu erarbeiten. Für Fälle endgültiger Zerstörung der Hirnrinde und des Guillain-Barre-Syndroms (das noch lebende Gehirn hat keine Verbindung zum Körper mehr) wird ein solches Handeln als legal anzusehen sein.¹⁴⁰⁷

Maßstab des Handelns soll, nach Meinung des Gerichts, dabei die Frage sein, was im besten Interesse des Patienten sei. Verglichen wird dabei mit dem, was eine Gruppe von objektiv urteilenden Medizinern als das beste Interesse erachtet. Die hypothetische Entscheidung dieser Gruppe wiederum soll nach den Richtlinien der Ethik-Kommissionen der British Medical Association ermittelt werden. Zwei andere Annäherungen bestreiten jedoch die alleinige Kompetenz der Mediziner, weil es sich nicht um eine medizinische, sondern eine ethische Frage handelt, was im besten Interesse des Patienten ist. Im Ergebnis erklärte das Gericht für den ihm vorliegenden Fall, dass es legal sei, die künstliche Ernährung und Behandlung mit Antibiotika abubrechen, weil diese Behandlung "nicht länger dazu dient, jene Kombination von Charakteristika aufrechtzuerhalten, die wir Persönlichkeit nennen".¹⁴⁰⁸

Abgelehnt wurde die aus dem amerikanischen Recht kommende Lösung des substituted judgement. Das ist das, was der Patient, so man ihn in diesem Augenblick hätte befragen können, geantwortet hätte. Genau so wenig fragt das Gericht nach dem Interesse der Gesellschaft, sondern überließ auch diese Entscheidung dem Parlament.

¹⁴⁰⁶ Suizid Act 1961, c. 60 sec. 2 (1); Offenses Against the Person Act (1861) sec. 23: Vergiftung.
¹⁴⁰⁷ Blackie, Landesbericht England und Schottland, a.a.O., S. 239 f.
¹⁴⁰⁸ Blackie, a. a. O., S. 29.

In anderen Fällen wurde die Strafbarkeit eingeschränkt oder verneint. Um der Strafdrohung wegen Mordes zu entgehen, nehmen die Gerichte verminderte Zurechnungsfähigkeit der Täter in den Fällen an, in denen aus humanitären Gründen gehandelt wurde.¹⁴⁰⁹ Sofern Ärzte handeln, ergibt sich für sie keine Ausnahme: Dennoch werden lebensverkürzende Maßnahmen, die aus indizierter Schmerzbehandlung resultieren (indirekte Sterbehilfe), nicht bestraft.¹⁴¹⁰

Aus Schottland wurden keine Fälle mitgeteilt. Da dort aber die Rechtslage wie in England ist, würden Entscheidungen wohl ebenso ausfallen. Die Teilnahme am Selbstmord ist allerdings straflos.¹⁴¹¹

e) Spanien

In Spanien gibt es keine die Euthanasie direkt betreffenden Gesetze. Die indirekte Sterbehilfe (Schmerzbekämpfung bei Inkaufnahme der Lebensverkürzung) wird als legal angesehen.¹⁴¹² In Fällen, in denen nicht eindeutig festgestellt werden kann, inwieweit die Schmerzbehandlung ursächlich für den Tod geworden ist, soll der Arzt entschuldigt sein, wenn er entsprechend der medizinischen Indikation und *lege artis* gehandelt hat. Grundlage dafür ist, dass das Risiko der Lebensverkürzung weniger bedeutend war, als die Schmerzbehandlung. Diese Meinung sieht sich bestätigt durch den Kodex der medizinischen Ethik (1990), der in Art. 28.2 ausführt: "...bei der Behandlung unheilbarer und zu Tode führender Krankheiten sollen sich die Ärzte auf das Lindern der körperlichen und seelischen Schmerzen des Patienten beschränken und soweit wie möglich die Qualität des endenden Lebens erhalten. Die Ärzte sollen hoffnungslose, nutzlose und hartnäckige Therapien verhindern. Sie sollen sterbende Patienten an ihrem Ende unterstützen und darauf achten, dass der der menschlichen Würde geschuldete Respekt gewahrt wird."¹⁴¹³

Die aktive Sterbehilfe auf den eindringlichen Wunsch des Kranken hin ist strafbar als

¹⁴⁰⁹ Huber, Landesbericht Großbritannien, in: Eser/Koch, Materialien zur Sterbehilfe, S. 343. f.

¹⁴¹⁰ Huber, a. a. O., S. 344.

¹⁴¹¹ Huber, a. a. O., S. 343.

¹⁴¹² Romeo-Casabona/Hernandez-Plasencia/Sola-Reche, Medical Law - Spain, S. 139.

¹⁴¹³ Romeo-Casabona/Hernandez-Plasencia/Sola-Reche, Medical Law - Spain, S. 139.

Beihilfe zum Suizid, wobei bei Verwandten die übliche Strafverschärfung für die Tötung von Verwandten nicht eingreift. Ohne eine Willensäußerung des Patienten hingegen bleibt es bei der Strafbarkeit wegen Tötungsdeliktes.¹⁴¹⁴ Der neue Código Penal hat hier aber Strafmilderungen gebracht, Art. 143.4 C.P.

Im allgemeinen Gesundheitsgesetz ist dem Patienten das Recht auf Zurückweisung der Behandlung mit der Einschränkung garantiert, dass dadurch keine irreversiblen Schäden oder der Tod eintreten kann (Art. 10.99). Eine bloße Verlängerung des Leidens ohne dass der Tod verhindert werden kann, verletzt hingegen die Rechte des Patienten.¹⁴¹⁵

Hinsichtlich der passiven Sterbehilfe besteht für den behandelnden Arzt die Gefahr, sich wegen einer strafbaren Tötung durch Unterlassen verantworten zu müssen (Art. 407 Código Penal). Deshalb muss der Patient seinen Willen, die Behandlung oder Weiterbehandlung nicht zu wünschen, eindeutig und bestimmt geäußert haben.

Bei Willenserklärungen der Patienten (Patiententestament) wird eine Pflicht des Arztes zur Feststellung des aktuellen Willens angenommen, im Zweifel soll der Grundsatz in dubio pro vita gelten.¹⁴¹⁶

f) Frankreich¹⁴¹⁷

In Frankreich wird die aktive Sterbehilfe als Totschlag (Art. 295 C.p.) oder Mord (Art. 296 C.p.) mit lebenslangem Freiheitsentzug bestraft, ohne dass es gesetzlich die Möglichkeit einer Rechtfertigung oder Milderung wegen des Verlangens des Kranken oder wegen des Mitleids des Täters gibt. Patiententestamente ändern daran nichts. Gleichzeitig gibt es gemäß Art. 463 Code Penal die Möglichkeit, lebenslange Strafen unter Beibehaltung des Schuldspruchs mildernd bis auf zwei Jahre zu verringern, wenn der Täter mit entsprechenden Motiven oder auf Bitten des Patienten hin gehandelt hat.¹⁴¹⁸

¹⁴¹⁴ Dieselben, a. a. O., S. 146.

¹⁴¹⁵ Dieselben, a. a. O., S. 141, 143.

¹⁴¹⁶ Dieselben, a. a. O., S. 147.

¹⁴¹⁷ Zum Stand von 1985 siehe Penneau, in: Medical Responsibility, S. 209.

¹⁴¹⁸ Spaniol, Landesbericht Frankreich, in: Eser/Koch, Materialien zur Sterbehilfe, S. 286.

Die passive Sterbehilfe ist kein Tötungsdelikt, da dieses Delikt nur durch positives Tun begangen werden kann.¹⁴¹⁹ Eine Bestrafung könnte gleichwohl nach den Vorschriften über unterlassene Hilfeleistung (Art. 63 Abs. 2 C. p.)¹⁴²⁰ erfolgen. Dafür müsste eine Handlungspflicht vorliegen, die bei einem Sterbenden, der sich im natürlichen Sterbeprozess befindet, nicht gegeben ist.¹⁴²¹ Eine an Bedeutung verlierende Meinung begegnet dem mit dem Hinweis, dass es nicht auf den Erfolg des Eingreifens ankomme, sondern auf die unterlassene Hilfe.¹⁴²² Mehr und mehr wird aber dem Arzt zugebilligt, im Einzelfall nach den Regeln der ärztlichen Kunst, entsprechend dem Krankheitsverlauf und seinem Gewissen zu entscheiden, insbesondere bei ausdrücklich erklärtem Wunsch des Kranken. Da dieser aktuell sein muss, können Patiententestamente nicht als wirksam angesehen werden.

Der Suizid selbst ist straflos, ebenso die Beihilfe, sofern sie selbst keinen eigenen Tatbestand erfüllt (beispielsweise Vergiftung). Im Widerspruch dazu steht, dass das Unterlassen der Hilfe nach einem Suizidversuch strafbar ist.¹⁴²³

Das Verleiten zum Suizid sowie die Werbung für Selbstmordwerkzeuge und Selbstmordmethoden sind gemäß § 223-13 Code Penal verboten.¹⁴²⁴

Auf der Grundlage des Art. L. 366 Code de la sante publique wurde ein Code de la deontologie medicale erlassen. Dieser enthält Aussagen zu den Patientenrechten und verbietet die eigenmächtige Herbeiführung des Todes des Patienten durch den Arzt. Zu einer Verlängerung eines aussichtslosen Zustands durch sinnlose Maßnahmen ist der Arzt nicht verpflichtet. Durch den Code de la sante publique sind die Vorschriften des Code de deontologie mit Disziplinarmaßnahmen bewehrt.

g) Belgien

Im belgischen Strafrecht ist die Euthanasie verboten, wenngleich es keine

¹⁴¹⁹ Fahmy Abdou, Le consetement de la victime, S. 328.

¹⁴²⁰ Courd'appell Bourdeaux 25.10.1955; J. C. P. 1996, IV, 17; Dijon, Le sujet de droit en son corps, S. 549.

¹⁴²¹ Tribunal corectionel Poitiers 25.10.1951 J. C. P. 1952 II, 6932.

¹⁴²² Fahmy Abdou, a. a. O., S. 328.

¹⁴²³ Spaniol, a. a. O., S. 292.

ausdrückliche Regelung im Strafgesetzbuch gibt. Die aktive Sterbehilfe wird tatbestandlich als Tötung, u. U. als Mord bestraft (Art. 393, 394 Code Penal). Dabei spielen Mitleid oder Verlangen des Patienten keine Rolle. Diese können strafmildernd erst auf der Strafzumessungsebene berücksichtigt werden.¹⁴²⁵ Wird die Euthanasie durch die Aufnahme von Substanzen verursacht, ist der Tatbestand der Vergiftung (Art. 397 Code Penal) erfüllt. Bis auf einen Fall von Kindestötung vor 30 Jahren sind keine weiteren Fälle der Euthanasie bekannt.¹⁴²⁶ Die Strafbarkeit der passiven Sterbehilfe ist gegeben, wenn zum Unterlassen eine gesetzliche oder vertragliche Handlungspflicht und der Tötungsvorsatz kommen. Während der Arzt somit zur Aufrechterhaltung des Lebens verpflichtet ist, ergeht an ihn nicht die Verpflichtung, das Leben künstlich mit einer sinnlosen Behandlung zu verlängern.¹⁴²⁷ Die Diskussion erfolgt weiterhin unter den Gesichtspunkten der unterlassenen Hilfeleistung und der Verletzung der Fürsorgepflicht.¹⁴²⁸

Die indirekte Sterbehilfe wird nicht bestraft,¹⁴²⁹ ebenso wenig Selbstmord und dessen Versuch. Aus der Akzessorietät folgt, dass damit auch eine Teilnahme hieran nicht bestraft werden kann, wenn der Täter als Haupttäter frei verantwortlich handelt.

Das ärztliche Standesrecht enthält in seinem Code de deontologie medicale (1975) in den Art. 95 - 98 Regeln zur Sterbehilfe. Dieser Kodex ist kein Gesetz, wird von den Gerichten aber als verbindlich angesehen.¹⁴³⁰ Die aktive Sterbehilfe und die sinnlose Weiterbehandlung werden darin untersagt. Die Entscheidung, wann die Behandlung abgebrochen werden soll, obliegt dem Arzt (Art. 96).¹⁴³¹

h) Griechenland

Eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe oder eine breite Diskussion darüber, die den Gesetzgeber zu Handeln veranlassen könnte, gibt es in Griechenland nicht. Auf

¹⁴²⁴ Penneau, Landesbericht Frankreich, a.a.O., S. 263.

¹⁴²⁵ Van Houdt/ Calewaert, Belgisch Strafrecht, Band 3, S. 412; Dijong, Le sujet de droit en corps, S. 608

¹⁴²⁶ Dalcq, Landesbericht Belgien, a.a.O., S. 187; siehe auch Locher-Linn, Landesbericht Belgien in: Eser/Koch, Materialien zur Sterbehilfe, S. 258.

¹⁴²⁷ Dijon, Le sujet de droit en son corps (1982), S. 554 ff.

¹⁴²⁸ Locher-Linn, a. a. O., S. 254 f.

¹⁴²⁹ Dijon, a. a. O., S. 537.

¹⁴³⁰ Cour de Cassation, Pasicrisie belge 1980, I, S. 1290.

¹⁴³¹ Im Oktober 2001 hat der belgische Senat einen Gesetzentwurf angenommen, mit dem Sterbehilfe auch in Belgien legalisiert werden soll; Quelle PflegeR 2001, Heft 12.

eine entsprechende Anfrage des Europarates vom August 1987 lehnt der Panhellenistische Ärzteverein jede Art von Euthanasie kategorisch ab. Nach griechischem Strafrecht kann die aktive Sterbehilfe als Tötung eines Menschen (Art. 299 griechisches StGB), als Tötung auf Verlangen (Art. 300 griechisches StGB) oder als Teilnahme am Selbstmord strafbar sein. Eine Tötung auf Verlangen setzt das ausdrückliche oder ernstliche Verlangen des Getöteten voraus und verlangt, dass der Täter aus Mitleid und wegen einer unheilbaren Krankheit des Getöteten die Tat beschlossen und ausgeführt hat. Die passive Euthanasie führt zur Strafbarkeit wegen unterlassener Lebensrettung (Art. 307 griechisches StGB) oder Tötung durch Unterlassen, wenn der Täter eine Garantenstellung inne hatte (Art. 299 i. V. m. Art. 25 griechisches StGB).

In der Lehre wird versucht, die Straflosigkeit der Einstellung der lebensverlängernden Behandlung bei aussichtslosen Fällen dadurch zu erreichen, dass man eine besondere Rechtspflicht (Garantenstellung) des behandelnden Arztes ablehnt.¹⁴³² Allgemein wird dies aber nicht akzeptiert.¹⁴³³

Den Gerichten wurden im Berichtszeitraum keine direkt die Euthanasie betreffenden Fälle vorgelegt. In der Regel werden diese auch als allgemeine Tötungsdelikte behandelt, ohne auf die Besonderheiten der Sterbehilfe einzugehen.

i) Liechtenstein

Durch das neue StGB vom 1.1.1998 wurden die Tötungsdelikte nach dem österreichischen Vorbild gestaltet. Neben der Strafbarkeit von Mord (§ 75 StGB) und Totschlag (§ 76 StGB) wurden neu ins StGB aufgenommen die Tötung auf Verlangen (§ 77 StGB) und die Mitwirkung am Selbstmord (§ 78 StGB).

j) Dänemark

¹⁴³²

So Androulakis, Strafrecht BT, S. 27.

¹⁴³³

Vgl. Charalambakis, Arzthaftung und Deontologie, Iperaspisi 1993, S. 522.

In Dänemark sind die Beihilfe zur Selbsttötung gemäß § 240 StGB und die Tötung auf Verlangen als privilegierte Tötung gemäß § 239 StGB strafbar. An das Verlangen werden hohe Anforderungen gestellt. Der Tod muss ausdrücklich und ernsthaft begehrt werden. Frühere Erklärungen werden nach gewisser Zeit unwirksam. Sog. Patiententestamente sind nur gültig, wenn sie in Bezug auf einen konkreten Fall gegeben werden.¹⁴³⁴ Hinzukommen müssen eigene Erwägungen des Arztes zu Art und Stadium der Krankheit, Behandlungsmethoden, Alter, Lebenssituation des Patienten und die Haltung der Angehörigen.¹⁴³⁵ Die Mitleidstötung eines unheilbar Kranken wird nach § 237 StGB als Totschlag bestraft, wobei die Strafe bis zum Wegfall gemindert werden kann oder von der Anklageerhebung abgesehen bzw. die Tat nur bedingt verurteilt werden kann. Möglich ist auch ein Verfahren nach dem Ärztegesetz, das in § 18 für schwere Verfehlungen bei der Berufsausübung Geldstrafe oder Haft vorsieht.¹⁴³⁶

Die aktive Sterbehilfe ist strafbar. Wenn der Kausalzusammenhang nicht nachgewiesen werden kann, bleibt es beim Versuch.¹⁴³⁷

Die indirekte Sterbehilfe führt zu einer Straffreiheit für den ausführenden Arzt. Straffrei bleibt er auch, wenn er Maßnahmen unterlässt, die den Todeszeitpunkt beim bereits Sterbenden nur hinauszögern würden.¹⁴³⁸

k) Finnland

Selbstmord und Teilnahme daran sind in Finnland straffrei, die Tötung auf Verlangen wird gemäß Kap. 21, § 3 Strafgesetzbuch als privilegierter Fall der Tötung behandelt. Das Verlangen muss ernsthaft und rechtswirksam kundgetan worden sein. Vorausgesetzt wird, dass die Tat durch Mitleid oder Hilfsbereitschaft motiviert ist. Ist die Tat zwar durch Mitleid des Täters motiviert, vom Patienten aber nicht verlangt worden, entfällt die Strafmilderung.¹⁴³⁹ Die aktive Sterbehilfe ist strafbar, wohingegen die passive erlaubt ist. Maßgebend dafür ist die Direktive der Medizinalverwaltung

¹⁴³⁴ Waaben, Strafferettens specielle del., S. 145; Thornstedt/Greve, Scandinavian Studies in Law, S. 96.

¹⁴³⁵ Vestergaard, in: Eser/Huber, Strafrechtsentwicklung in Europa, Band 4.1, S. 112.

¹⁴³⁶ Cornils, Landesbericht nordische Länder, Dänemark, in: Eser/Koch, Materialien zur Sterbehilfe, S. 508.

¹⁴³⁷ So entschieden durch Vestre Landsret 25.2.1955 (UFR 1955, 551); Amtsgericht Brønderslev, 28.9.1987.

¹⁴³⁸ So der Verwaltungserlass der Gesundheitsverwaltung vom 18.6.1986, in: Betangning nr. 1184/1189, S. 164.

¹⁴³⁹ Rikoslain kokonaisuudistus II, Rikoslakiprojektin ehdotos. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1/1989, Helsinki 1989, S. 229.

vom 14.4.1982¹⁴⁴⁰. Diese betont das Selbstbestimmungsrecht des Patienten.

l) Norwegen

Das norwegische Strafrecht enthält in § 235 Abs. 2 seines Strafgesetzbuches Privilegierungen für die Tötung eines hoffnungslos Kranken aus Mitleid und die Tötung mit Einwilligung des Opfers. Die Mitwirkung am Suizid wird gemäß § 236 StGB als Beihilfe zum Totschlag bestraft. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten umfasst auch das Recht, eine lebensrettende bzw. -verlängernde Behandlung abzulehnen.¹⁴⁴¹ Der Wille des Patienten muss aktuell geäußert worden sein. Ist das nicht möglich, hat der Arzt frühere Erklärungen heranzuziehen und unter der Berücksichtigung der gesamten Situation des Patienten zu entscheiden.¹⁴⁴²

m) Schweden

In Schweden ist der Selbstmord straflos, auf Grund der Akzessorietät damit auch die dazu geleistete Beihilfe. Die aktive Sterbehilfe fällt unter die Tötungsdelikte (Kap. 3, §§ 1, 2 StGB). Wenn der Patient in seine Tötung einwilligt, kann das den Täter zwar nicht rechtfertigen. Die Strafe kann aber gemildert oder es kann ganz davon abgesehen werden. Ein weiterer Milderungsgrund kann vorliegen, wenn die Tat aus Mitleid begangen wurde. Nach Kap. 20, § 3 Nr. 4 StPO kann die Staatsanwaltschaft von der Klageerhebung bei durch Mitleid begangenen Taten absehen, wenn es sich bei dem Opfer nicht um einen Krankenhauspatienten handelt. Eine Privilegierung bei Mitleidstötung von Krankenhauspatienten hätte den Vertrauensschutz zu sehr eingeschränkt.¹⁴⁴³ Die indirekte Sterbehilfe sowie das Beenden von Maßnahmen, die nur den Todeszeitpunkt hinausschieben, sind nicht strafbar.¹⁴⁴⁴

n) Italien

¹⁴⁴⁰ Abgedruckt in Cornil, Landesbericht Nordische Länder, in: Eser/Koch, Materialien zur Sterbehilfe, S. 524.

¹⁴⁴¹ Andenas/Bratholm, Spesiell strafferett 2, S. 27, 78; Bratholm, Strafferett og samfunn, S. 184.

¹⁴⁴² Cornils, a. a. O., S. 535.

¹⁴⁴³ Cornils, a. a. O., S. 544.

Grundlage einer strafrechtlichen Verfolgung von Sterbehilfe in Italien bilden die Tötungsdelikte. Die vorsätzliche Tötung gemäß Art. 575 C. p., die mit Freiheitsstrafe bis zu 21 Jahren, und die vorsätzliche Tötung unter erschwerenden Umständen, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind, lassen eine Strafmilderung wegen Mitleids zu. Eine Einwilligung führt zur Privilegierung nach Art. 579 C. p. und kann mit bis zu 15 Jahren Freiheitsentzug bestraft werden. Voraussetzung dafür ist, dass das Opfer einwilligungsfähig ist.

Der Selbstmord ist nach dem italienischen Strafrecht nicht strafbar, die Teilnahme wird als eigenständiges Delikt in Form der Aufforderung oder Hilfeleistung zum Suizid verfolgt (Art. 580 Abs. 3 C. p.).

Die nationale Ärztesföderation hat sich einen neuen Codex der medizinischen Ethik gegeben: Dieser verbietet in Art. 35 dem Arzt, das Leben des Patienten zu verkürzen oder den Tod herbeizuführen, selbst wenn der Patient das fordert. Dieser Codex ist aber nur innerhalb der Berufsorganisation verbindlich.¹⁴⁴⁵

B. Handlungsperspektiven für den Gesetzgeber und Vorschläge für rechtsvereinheitlichende Reformen

I. Strafrecht und Patientenrechte

Stellt sich die Frage nach dem gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu einer Stärkung von Patientenrechten, so ist von zwei unterschiedlichen Ausgangspunkten auszugehen. Zunächst ist zu sehen, dass Patientenrechte im bestehenden System auf der Grundlage der Anwendung und Interpretation der vorhandenen

¹⁴⁴⁴ Thornstedt/Greve, *Scandinavian Studies in Law*, Zur Pressemitteilung der schwedischen Sozialverwaltung vom 28.2.1969 zur passiven Sterbehilfe; Thornstedt/Greve, *Scandinavian Studies in Law* 1981, S. 105.

Rechtsvorschriften einen weitgehenden Schutz individueller Rechtspositionen als **deklaratorische Patientenrechte** sicherstellen.¹⁴⁴⁶ Zusätzlich zu diesen bestehenden deklaratorischen Rechten des Patienten ist der Sektor zu definieren, in dem die Rechte des Patienten neu gestärkt oder neu begründet werden sollen und über die bislang bestehenden Regeln hinausgehen, sog. **konstitutive Patientenrechte**. Zu überlegen ist, ob zwischen beiden Formen grundlegende Unterschiede bestehen oder ob sie sich ergänzen und ob schließlich die Neubegründung individueller Patientenrechte in einem geschlossenen Kodex oder einer Charta als effektivere Wege zur Sicherung eines umfassenden Schutzes der Patienten in der Behandlungsbeziehung erforderlich ist.¹⁴⁴⁷

Schneider¹⁴⁴⁸ und auch Hennies¹⁴⁴⁹ ist darin zuzustimmen, dass von einer über die bislang bestehende Absicherung der Patientenrechte im Einzelnen hinausgehenden Regelung neuer und konstitutiver Patientenrechte eher abzuraten ist. Insbesondere im strafrechtlichen Teil dieses Gutachtens konnte aufgezeigt werden, dass alle wesentlichen Rechte des Patienten durch detaillierte gesetzliche Regelungen und eine sehr ausgeprägte Rechtsprechung bislang zu einem umfassenden Schutz des Individuums führen. Diesem Prinzip widerspricht es nicht, wenn Erwägungen angestellt werden, die bislang bestehenden Schutzinstitute des Patienten in Gestalt einer Charta oder Deklaration zusammenzufassen und so auf die Qualität des Patientenschutzes in Deutschland hinzuweisen.¹⁴⁵⁰ Schneider hat zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass der Handlungsbedarf weniger in der Abfassung neuer Gesetze, sondern in einem zuverlässigen Vollzug der bestehenden Rechtslage zu sehen ist.¹⁴⁵¹ Dabei geht es verstärkt darum, dass die Ärzteschaft aufgefordert ist, in einem von Paternalismus und zunehmend wirtschaftlichen Druck geprägten Behandlungsverhältnis den Patienten stärker als gleichberechtigten Partner in der Arzt-Patienten-Beziehung zu sehen und so auf seine Rechte und Interessen als, wie es Wachsmuth formuliert hat, konkret leidenden Patienten einzugehen. Solange, um es überspitzt auszudrücken, Patienten "gut" behandelt werden, nutzt die Ärzteschaft bewusst oder unbewusst das Informationsgefälle der sozialen Gesellschaft zur

¹⁴⁴⁵ Zana, Landesbericht Italien, a.a.O., S. 270.

¹⁴⁴⁶ Schneider, MedR 2000, 497, 499.

¹⁴⁴⁷ Schneider, MedR 2000, 497, 499.

¹⁴⁴⁸ MedR 2000, 497, 502.

¹⁴⁴⁹ ArztR 2000, 116, 119.

¹⁴⁵⁰ Laufs, NJW 2000, 1757, 1759 m. w. N.; Schneider, MedR 2000, 497, 503.

¹⁴⁵¹ Schneider, MedR 2000, 497, 503; vgl. auch Hennies, ArztR 2000, 116, 119.

Distanzierung gegenüber den individuellen Rechten des einzelnen Patienten. Dialog in Form von Information und Aufklärung sollte stärker das Behandlungsverhältnis prägen und auf der faktischen Ebene eine Veränderung herbeiführen, die zu einer wirklichen Stärkung von Patientenrechten führt.

Der ethische Aspekt der Behandlungsbeziehung kann gesetzlich kaum verortet werden. Persönliche Autonomie des Patienten wird zunehmend als wesentliche Ausgangsposition der Arzt-Patienten-Beziehung gesehen.

Mit der Einrichtung von Gutachter- und Schlichtungskommission, mit der Kontrollfunktion der Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen sind Wirkungskreise installiert worden, die mittelbar oder unmittelbar Patientenrechte verwirklichen.¹⁴⁵² Mit der durch die Gesundheitsministerkonferenz beschlossenen Deklaration "Patientenrechte in Deutschland heute" wird versucht, diesen Ansprüchen gerecht zu werden.¹⁴⁵³ Weitgehend scheint Einigkeit zu bestehen, dass das deutsche Medizinrecht mit all seinen weitverzweigten und durch die Rechtsprechung ausformulierten Individualrechten heute zu einem wirkungsvollen Patientenschutz entwickelt worden ist. Deshalb ist Schneider¹⁴⁵⁴ darin zuzustimmen, dass keine Notwendigkeit besteht, neue konstitutive Patientenrechte zu fixieren. Richtig ist freilich in diesem Zusammenhang auch, dass, wie bereits angeführt, die bestehenden Rechte in der Praxis umgesetzt werden.¹⁴⁵⁵

II. Konzeptionelle Entwicklungen.

Der ärztliche Heileingriff

1. Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht

Ein Problem besonderer Art birgt die Frage der Vereinheitlichung der strafrechtlichen Verantwortung. Hier handelt es sich letztlich nicht darum, dass nur die Arzthaftung begrenzt werden soll, sondern dass kaum übersehbare Konsequenzen für die dogmatischen Systeme der einzelnen Rechtsordnungen daraus folgen. Dabei kann

¹⁴⁵² Schneider, MedR 2000, 497, 503; Laufs, NJW 2000, 1757, 1760.

¹⁴⁵³ Schneider, MedR 2000, 497, 503.

¹⁴⁵⁴ MedR 2000, 497, 503.

¹⁴⁵⁵ Schneider, MedR 2000, 497, 504; Laufs, NJW 2000, 1757, 1760.

nicht darüber hinweggegangen werden, dass die Strafrechtsordnungen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft große Unterschiede aufweisen. Zu Recht hat Zuleeg darauf hingewiesen, dass die Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht als eng mit ihrer Souveränität verknüpft auffassen.¹⁴⁵⁶ Daraus kann nur die Konsequenz zu ziehen sein, dass das Strafrecht ebenso wie das Strafverfahrensrecht bei einer Rechtsanpassung innerhalb der Gemeinschaft nur eine ganz untergeordnete Rolle spielen kann. Hier ergeben sich unter naturrechtlichen Aspekten, also bei den überall vorrangig geschützten Rechtsgütern, wie Leben, Gesundheit, Freiheit und Selbstbestimmungsrecht, schon Ansätze zu einer Harmonisierung. Jedoch werden gerade auf der Rechtsfolgenseite die Unterschiede weit auseinanderklaffen. Gleichwohl ist festzustellen, dass sich, wie es Zuleeg formuliert hat, am Horizont ein europäisches Strafrecht im engeren Sinne abzeichnet, auf dessen Ausgestaltung durchaus noch Einfluss genommen werden kann. Dies dürfte in diesem Zusammenhang ein weiterer Aspekt von Relevanz sein. Für die Frage der Vereinheitlichung in der Europäischen Union wurde auf dem Gebiet des Medizinrechts festgestellt, dass eher einer Abwendung vom Strafrecht und vom Haftungsrecht hin zu Sanktionen im Landesrecht der Vorzug einzuräumen sei. Die deontologischen Codices sind in ihrem Sanktionsbereich i. d. R. Verwaltungsstrafrecht, weil sie der jeweiligen Kammerjustiz unterliegen. Damit muss man sich den Problemen zuwenden, wie Verwaltungsstrafrecht und Kriminalstrafrecht zueinander stehen. Dabei entsteht der Eindruck, dass gegenwärtig eine starke Strömung dafür eintritt, den Bereich der verwaltungsstrafrechtlichen Kompetenz der EU nach oben offen zu halten und dann aber auch hinsichtlich der rechtsstaatlichen Anforderungen flexibel zu sein. Solche Tendenzen sind gegenwärtig schon im Abfallstrafrecht festzustellen. Freilich ist in diesem Zusammenhang aber zugleich zu fragen, ob die rechtsstaatlichen Garantien für das Strafrecht und Strafverfahrensrecht in allen Einzelbestrebungen noch einzuhalten sind, wenn im Verwaltungsstrafrecht der Einfluss der EU größer werden sollte. Wenn also möglicherweise auf den Gebieten Transplantation, Gewebeentnahme, Humangenetik, Fortpflanzungsmedizin, Schwangerschaftsabbruch, also jenen Gebieten mit strafrechtlicher Relevanz, die schon heute innereuropäisch

¹⁴⁵⁶

Zum Ganzen vgl. auch Johannes, *Le Droit penal et son harmonisation dans les Communautés Européennes*, *Revue trimestrielle de droit européen (RTDE)* 1971, S. 317

grenzüberschreitend eine Rolle spielen, Differenzen entstehen, so wird eine Harmonisierung hier ohne Anweisung an die nationalen Strafgesetzgeber kaum möglich werden.

2. Strafrecht und Arzthaftungsrecht, insbesondere der ärztliche Heileingriff

Insgesamt ist im Überblick über die strafrechtliche Verantwortlichkeit festzustellen, dass ein Aspekt für die Vereinheitlichung das in Deutschland so ungeliebte **Adhäsionsverfahren** sein könnte. Offensichtlich scheint insbesondere in Spanien, Frankreich und Belgien die unmittelbare Verknüpfung von Straf- und Schadensersatzverfahren zu befriedigenden Ergebnissen zu führen. Freilich muss man in Erwägung ziehen, dass bei einer Vereinheitlichung und einer Bevorzugung des Adhäsionsverfahrens zwar unter den Aspekten der Prozessökonomie durchaus Vorteile festzustellen sind. Andererseits zeigen die Erfahrungen in Deutschland besonders deutlich, dass Strafverfahren gegen Ärzte häufig nur als Eröffnungsschachzüge für den Haftungsprozess geführt werden. Schließlich hat auch die in diesem Gutachten wiedergegebene empirische Untersuchung gezeigt, dass gerade die Strafverfahren ergebnislos verlaufen. Des Weiteren ist mit einem Strafverfahren eine weitaus höhere Stigmatisierung als mit jedem normalen Schadensersatzverfahren verbunden. So ökonomisch das Adhäsionsverfahren erscheinen mag, um so größer sind aber seine Probleme unter dem Aspekt, dass im Medizinrecht eher angestrebt wird, die Haftungsfragen zu entkriminalisieren und die moderne Kriminologie zudem anderen Aspekten als der herkömmlichen Kriminalisierung von Verhaltensweisen den vorzug einräumt, etwa dem Täter-Opfer-Ausgleich.

Auch im Weiteren werden die Differenzierungen, wie bereits oben beschrieben, deutlich. Wird in einigen Ländern die Heilbehandlung als Körperverletzung angesehen, so gehen Österreich und auch Portugal eigene Wege, indem der Tatbestand der **eigenmächtigen Heilbehandlung** in Österreich oder der Ausschuss der indizierten Behandlung aus den Körperverletzungsdelikten in Portugal Elemente der Entkriminalisierung enthalten. In den Niederlanden versucht man, eine standesrechtliche Sanktion durch Ärzte auf der Richterbank als Ausweg aus dem

Dilemma des Strafrechts zu erreichen. In Belgien zeigt die einheitliche Behandlung von Fahrlässigkeit und Fehlern im Straf- und Zivilrecht besondere Vorteile, weil ein im Strafverfahren fallengelassener Fahrlässigkeitsvorwurf gleichzeitig den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch ins Leere laufen lässt.

Mit dem **Entwurf des 6. Strafrechtsreformgesetzes** hat ein weiterer Versuch in der Bundesrepublik Deutschland vorgelegen, die umstrittene Frage der ärztlichen Heilbehandlung zu einer befriedigenden Lösung zu führen (Referentenentwurf vom 15.7.1996 [VE]). Dieser Entwurf hatte es darauf angelegt, Patienten vor Eigenmächtigkeiten des Heilbehandlers zu schützen und wollte einen sachgerechten Ausgleich zwischen den anerkannten Misshelligkeiten der Rechtsprechung und den Strafbarkeitslücken der Literatur schaffen. Insbesondere griff man die viel vertretene Auffassung auf, dass die Vorschriften des 17. Abschnitts des StGB nicht auf diesen Schutzzweck zugeschnitten sind. Auch die Anwendung der Qualifikationsvorschriften wurde als unangemessen erachtet. Deshalb sollte vermieden werden, dass behandelnde Mediziner unter ein Erfolgsrisiko gestellt werden. § 229 VE sollte auf den Zweck der Maßnahme abstellen und so verdeutlichen, dass es auf den medizinischen Erfolg nicht ankommt. Maßnahmen, die nicht auf Heilzwecke gerichtet sind, sollten weiterhin den allgemeinen Vorschriften unterfallen. Dem Entwurf wurde eine so heftige Kritik zuteil,¹⁴⁵⁷ dass diese Regelung nicht Bestandteil des 6. Strafrechtsreformgesetzes wurde. So sehr die Abkehr vom Leitbild des Heileingriffs als Körperverletzung begrüßt wurde,¹⁴⁵⁸ stieß bereits die Einordnung in den 11. Abschnitt als sachwidrig auf heftige Kritik.¹⁴⁵⁹ Einer der zentralen Einwände richtete sich dagegen, dass § 229 VE mit der fehlenden Einwilligung als negatives Tatbestandsmerkmal alle Probleme um Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht damit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG unterworfen hat.¹⁴⁶⁰ Angesichts der kaum noch überschaubaren Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und des BGH in Zivilsachen zur Aufklärungssicht wurde dadurch, wie Schreiber ausgeführt hat, der neuralgischste Punkt in das Zentrum des Tatbestandes gerückt. Ferner wurde auf ungelöste Konkurrenzprobleme

¹⁴⁵⁷ Deutsch, Medizinrecht, Rdn. 299 a; Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 482; Freund, ZStW 109 (1997), 455, 475; Hirsch, Zipf-Gedächtnisschrift, S. 353; Meyer, GA 1998, 415 ff; Schreiber, Hirsch-Festschrift, S. 713; Schroeder, Besondere Strafvorschriften gegen die eigenmächtige Heilbehandlung?, S. 44; Wessels/Hettinger, BT 1, Rdn. 329.

¹⁴⁵⁸ Laufs, NJW 1997, 1609.

¹⁴⁵⁹ Hirsch, Zipf-Gedächtnisschrift, S. 353, 363; Meyer, GA 1998, 415, 423.

¹⁴⁶⁰ Hirsch, Zipf-Gedächtnisschrift, S. 353, 367; Schreiber, Hirsch-Festschrift, S. 713, 720.

hingewiesen.¹⁴⁶¹ Ebenso wurde beklagt, dass man nicht auf die praktischen Erfahrungen der Rechtsvergleichung und insbesondere auf die tatbestandliche Griffigkeit des § 110 österr. StGB zurückgegriffen hat.

Nachdem der Gesetzgeber derart deutlich mit seinem Vorhaben gescheitert ist, stellt sich die Frage, wie nun die Entwicklung um den ärztlichen Heileingriff weitergehen kann. Dass dem Gesetzgeber kaum noch Vertrauen entgegengebracht wird, spiegelt sich auch darin wider, dass sich ständig der Kreis jener Autoren vergrößert, die eine Lösung auf dem Weg der Rechtsprechung suchen. Auf der anderen Seite fehlt es nicht an Autoren, die trotz aller negativer Erfahrungen weiterhin um eine gesetzgeberische Lösung des Problems bemüht sind.¹⁴⁶² Ohne die Schwierigkeiten der gesetzestechnischen Umsetzungen verkennen zu wollen, erscheint es für einige Autoren an der Zeit, die sich von normalen Körperverletzungen abhebenden heilungsbezogenen Eingriffe in die körperliche Integrität auch tatbestandlich abzuheben und dabei die Schutzrichtung im Wesentlichen auf zwei Interessen zu konzentrieren: die Respektierung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten und die Sicherung medizinischer Qualität. Dem wäre, so Eser¹⁴⁶³, - nach dem Vorbild von Österreich und Portugal - durch Sondertatbestände für eigenmächtige Heilbehandlung sowie - insoweit über diese ausländischen Vorbilder noch hinausgehend - für fehlerhafte Heilbehandlung Rechnung zu tragen. Dabei wäre auch zu bedenken, inwieweit - ähnlich dem österreichischen Vorbild - die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken wäre.¹⁴⁶⁴ Im Gegensatz zu anderen Vorschlägen will Hirsch¹⁴⁶⁵ nur die vorsätzliche Eigenmächtigkeit des Arztes als Freiheitsdelikt mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe sanktionieren und dieses als Antragsdelikt behandeln. Um sicherzustellen, dass das Selbstbestimmungsrecht der Patienten durch eine angemessene Aufklärung gewahrt wird, soll darüber hinaus in groben Umrissen, nämlich bezüglich Art, Tragweite und solche möglichen Folgen des Eingriffs aufgeklärt werden, die für die Entscheidung eines verständigen Menschen ins Gewicht fallen können.

¹⁴⁶¹ Hirsch, Zipf-Gedächtnisschrift, S. 353, 367; Schreiber, Hirsch-Festschrift, S. 713, 720.

¹⁴⁶² Hirsch, Zipf-Gedächtnisschrift, S. 353, 373; Schroeder, a.a.O.

¹⁴⁶³ Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 482.

¹⁴⁶⁴ Eser, Hirsch-Festschrift, S. 465, 482.

¹⁴⁶⁵ Hirsch, Zipf-Gedächtnisschrift, S. 354, 372.

Es ist also deutlich geworden, dass der Mangel einer besonderen gesetzlichen Regelung für die Heilbehandlung nicht nur Rechtsunsicherheit zur Folge hat, sondern auch Wertentscheidungen über unterschiedlich weitgehende Schutz- und Freistellungskonzepte der Rechtsprechung überlassen bleiben. Da dies alles andere als ein guter Zustand ist, war es zu begrüßen, dass in diesem Zusammenhang mit den verschiedenen Reformbemühungen in diesem Jahrhundert auch immer wieder Versuche zu einer gesetzlichen Regelung des ärztlichen Heileingriffs unternommen wurden, ohne dass diese jedoch zum Erfolg geführt hätten, wie letztlich auch der Entwurf eines 6. Strafrechtsreformgesetzes (§§ 229, 230 BMJE-StGB).

Ob nach alledem ein erneuter Vorstoß des Gesetzgebers zu erwarten ist, erscheint mehr als fraglich. Andererseits kann nicht übersehen werden, dass ein Paradigmenwechsel stattgefunden hat. War bislang die Diskussion von dem Gedanken beherrscht, dass das Tun der Ärzteschaft eben nicht mit Messerstechern gleichzustellen sei, so werden die Stimmen immer lauter, die eine Stärkung der Patientenrechte fordern.¹⁴⁶⁶

III. Vertraulichkeit, Schweigepflicht

Die allgemeine Anerkennung des Hippokratischen Eides ist wohl eine der Ursachen dafür, dass eines der wichtigsten Patientenrechte in der Beziehung zum Arzt in der Zuverlässigkeit der Vertraulichkeit verankert ist. In allen Ländern ist die Schweigepflicht, also die Verschwiegenheit des Arztes und seiner Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, anerkannt. Ebenso häufig ist die Befugnis zur Entbindung von der Schweigepflicht anzutreffen. Hier wird der Dispositionsbefugnis des Einzelnen über seine Daten der Vorrang gegenüber der Verfügungsgewalt des Arztes eingeräumt. Freilich kann nicht übersehen werden, dass England, Schottland und Belgien eine gesetzliche Regelung der Schweigepflicht im Strafrecht nicht kennen.

Weiterhin muss bei einer Vereinheitlichung bedacht werden, dass detaillierte Regelungen im Strafrecht Auswirkung auf das Zivilrecht haben. So wird im

Zusammenhang mit der Schweigepflicht das Verhältnis der Minderjährigen zu ihren Eltern sehr differenziert auszugestalten sein. Verschiedene Rechtsordnungen gehen dabei von einem konkreten Alter als selbstständige Einwilligungsgrenze aus (z. B. Norwegen). Andere ziehen die natürliche Einsichtsfähigkeit als Kriterium für die Selbständigkeit der Jugendlichen in diesem Zusammenhang heran. Die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte zum Familienrecht und zum Allgemeinen Teil des Zivilrechts erschweren es gerade bei Jugendlichen, die Grenzen der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht gegenüber den Eltern zu ziehen, da diese vielfach Vertragspartner der Ärzte in den unterschiedlichen Rechtsordnungen sind.

Interessant ist die spezifische Verantwortung des Arztes zur Überwachung der Einhaltung der Schweigepflicht durch seine Mitarbeiter im französischen Recht. Die enge Verknüpfung zwischen dem Akteneinsichtsrecht des Patienten und der ärztlichen Schweigepflicht wird auch in der belgischen Regelung deutlich, wo nunmehr der Patient "Herr über seine Krankenakte" sein soll und dem Arzt weitgehend alle Befugnisse entzogen werden. Ein solcher, radikal erscheinender Ansatz, wird in Deutschland nicht möglich sein.

Die vielfach auch in Deutschland diskutierte Frage der Meldepflicht des Arztes bei Anzeichen für Gewaltanwendung und Vergiftung ist ausdrücklich in Spanien geregelt. Auch diese Aspekte können bei einer Vereinheitlichung eine Rolle spielen. Die deutsche Regelung ausschließlich über das Notstandsrecht des § 34 StGB wird in vielen Situationen, insbesondere der Kindesmisshandlung, als zu liberal betrachtet. Die oft geäußerte Ansicht, dass hier eher der Täter geschützt wird, erscheint hier doch vordergründig. Bei einer Vereinheitlichung sollte insbesondere aus deutscher Hinsicht immer wieder darauf hingewiesen werden, dass gerade die Schweigepflicht des Arztes und ihre uneingeschränkte Geltung auch gegenüber Polizei und Staatsanwaltschaft sicherstellt, dass Eltern die von ihnen selbst misshandelten Kinder zur ärztlichen Behandlung bringen. Hier ist die Funktion der Schweigepflicht für das misshandelte Kind nicht mehr zu übersehen.

Zu begrüßen ist dann auch, dass sowohl der Beschluss der 72. Gesundheitsministerkonferenz als auch die Charta der Patientenrechte,

¹⁴⁶⁶ Hennies, *ArztR* 2000, 116.

herausgegeben von der Bundesärztekammer, ein Recht auf Vertraulichkeit und Verschwiegenheit vorsehen. So heißt es in dem Beschluss der 72. GMK, dass der Patient einen Anspruch darauf habe, dass Arzt und Krankenhaus seine Unterlagen vertraulich behandeln. Diese ärztliche Schweigepflicht bestehe auch gegenüber anderen Ärzten, die nicht in den Behandlungsvertrag einbezogen sind. Auch die Charta der Patientenrechte seitens der Bundesärztekammer bestimmt, dass jeder Mensch das Recht habe, dass seine Informationen und Daten - auch über seinen Tod hinaus - der Schweigepflicht unterliegen und von Ärzten, Krankenhäusern und anderen medizinischen Einrichtungen, den staatlichen Organen und den Organen der Sozialversicherung vertraulich behandelt werden. Vertrauliche Informationen dürfen nach beiden Veröffentlichungen grundsätzlich nur mit einer auf freier Willensentscheidung beruhenden Zustimmung des Patienten weitergegeben werden. Einig ist man sich auch darin, dass alle Daten, die den Rückschluss auf die Person des Patienten zulassen, geschützt werden müssen. Die Vertraulichkeit der Patientendaten müsse durch geeignete technische und Maßnahmen der Datensicherung sowie -speicherung gewährleistet sein.

IV. Ärztliche Dokumentation und Recht auf Akteneinsicht

In engem Zusammenhang mit der Schweigepflicht steht das Recht auf Akteneinsicht. In den letzten 10 Jahren hat die Entwicklung dazu geführt, dass in den meisten europäischen Ländern dieses Akteneinsichtsrecht als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts anerkannt worden ist. Häufig waren es die Arzthaftungsprozesse, die die Grundlage für das Einsichtsrecht geschaffen haben, wobei partiell starker Widerstand, etwa der Ärzteschaft in Belgien, eine eher paternalistische Auffassung der Ärzteschaft widerspiegeln. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass das Recht auf Akteneinsicht in England und Schottland infolge einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, der bei einer Verweigerung des Einsichtsrechts einen Verstoß gegen Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention annahm, zu Stande gekommen ist. Dies ist sicherlich einer der Gründe, warum auch andere Länder rechtliche Grundlagen für das Einsichtsrecht und die Dokumentationspflicht geschaffen haben. Hier sind als

Beispiel Schweden, Dänemark, Österreich, die Niederlande und Italien anzuführen. In der Schweiz ist die typische Vermischung von Bundesprivatrecht und öffentlichem Recht im Zusammenhang mit dem Einsichtsrecht und der Dokumentationspflicht anzutreffen. Je nach Ausgestaltung des einzelnen Behandlungsverhältnisses ist das Einsichtsrecht im öffentlichen Recht oder im Privatrecht sanktioniert.

Insgesamt liegt das Einsichtsrecht an einem **Schnittpunkt** zwischen Schweigepflicht und Aufklärung. In die Überlegung für eine Vereinheitlichung wird man mit einbeziehen müssen, dass in den verschiedenen Ländern bei der Aufklärungspflicht nicht die gleichen Rechte und Pflichten der Ärzte gegenüber den Patienten bestehen, wie wir sie in Deutschland kennen. Anders gesagt bedeutet dies für das Akteneinsichtsrecht, dass jeweils im Einzelfall die Aufklärungspflicht und das Akteneinsichtsrecht in ihrem Umfang zur Deckung zu bringen sind. Eine Beschränkung der Aufklärungspflicht, etwa unter dem Aspekt des therapeutischen Privilegs zum Schutze des Patienten läuft natürlich leer, wenn andererseits dieser Patient uneingeschränkten Zugriff auf die für ihn möglicherweise nicht einmal verständliche Krankenakte verlangt. Ebenso müsste beim Akteneinsichtsrecht die Schweigepflicht eine Rolle spielen, soweit die Dokumentation sich auch auf die Interessen Dritter erstreckt. Hierbei kann es nur um die den Arzt betreffenden Notizen gehen, die persönlicher Art sind oder Gegenstand seiner Forschung sein könnten. Andererseits können auch Bemerkungen über dritte, den Patienten begleitende Personen in der Dokumentation enthalten sein. Auch hier ergeben sich unter dem Aspekt der Schweigepflicht durchaus Beschränkungen, die beim Akteneinsichtsrecht eine Rolle spielen müssten.

V. Transplantation, Gewebeentnahme und Transfusion

Obwohl gerade die Transplantationsmedizin¹⁴⁶⁷ ein Gegenstand ist, der wegen der großen Fluktuation der europäischen Bevölkerung vereinheitlichungsbedürftig ist, sind hier denkbar unterschiedliche Regelungen in Europa anzutreffen. Haben zum

einen viele Länder noch keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen, so sind zum anderen die Transplantationsgesetze der einzelnen Länder sehr unterschiedlich. Dabei ist festzustellen, dass erneut das Systemdenken in den einzelnen Staaten von großem Einfluss auf die gesetzliche Konzeption der Rechtsposition des Organspenders ist. Einige Länder bevorzugen zentrale Register für Widersprüche, etwa Frankreich und Belgien. Hieraus resultiert die komplizierte und in der Praxis immer auf Widerstand stoßende Nachforschungspflicht der Ärzte hinsichtlich der im Register dokumentierten Widersprüche. In den skandinavischen Ländern treffen wir auf ein ausdrückliches Widerspruchsrecht der Angehörigen. In Frankreich gibt es Sonderregelungen für die Gewebeentnahme und angesichts der Entwicklung gerade auf dem Sektor des Handelns mit menschlichen Gewebe scheint dies eine Regelung zu sein, die im Falle einer Rechtsvereinheitlichung sicher große Relevanz erlangen könnte.

In vielen europäischen Ländern wurden und werden die Probleme der Organtransplantationen intensiv diskutiert. Dabei hat sich in Europa trotz aller Diskussionen das Hirntodkonzept durchgesetzt. Interessant ist, dass dabei einzelne Länder den Hirntod ausdrücklich einer gesetzlichen Regelung unterworfen haben. Das nicht zu unterschätzende Problem der Lebendspende ist in allen Transplantationsgesetzen ausdrücklich erfasst. Angesichts immer noch zurückgehender Organspenden von Verstorbenen und ständig steigendem Organbedarf wird der Lebendspende eine größere Bedeutung zukommen.

Unterschiede, die eine große Rolle spielen, finden sich im Zusammenhang mit der **Hirntoddokumentation**. So weichen die Anzahl und die erforderlichen Qualifikationen der den Hirntod feststellenden Ärzte signifikant voneinander ab. Auch sind die Pflichten zur Anfertigung und Aufbewahrung von Protokollen über die Hirntodfeststellung sehr unterschiedlich geregelt.

Wie bereits angesprochen, liegen die Unterschiede in einem Zustimmungs- und Widerspruchsmodell als Grundkonzeption offen zu Tage. Dabei ist festzustellen, dass die unterschiedliche Ausgestaltung des Widerspruchsmodells in vielen Fällen

¹⁴⁶⁷ Zum Transplantationsrecht vgl. Lilie, in: Albert (Hrsg.), Praxis der Nierentransplantation (III), S. 89; ders., Organtransplantationsgesetz - Was nun? Medizin Ethik Recht, Band VIII, S. 89 ff.; ders., Medizinische Wissenschaft aktuell, Juli 1998, S. 4.

zu versteckten Zustimmungsmustern führt. Die reinen Zustimmungslösungen, wie sie in Deutschland, England und Türkei vorzufinden sind, bilden ebenfalls den Gegenstand breiter Differenzierungen in der jeweiligen Gesetzgebung. Angesichts des immer stärker werdenden grenzüberschreitenden Verkehrs ist bei der Frage der Organentnahme dringend eine Harmonisierung der Rechtsordnungen anzustreben. Andernfalls sind Entwicklungen zu befürchten, wie sie sich zwischen Deutschland und Österreich abspielen, wo die österreichische Widerspruchslösung zu großen Problemen mit der deutschen Regelung geführt hat. Hier werden Organentnahmen jeweils auf der Grundlage des Entnehmerlandes durchgeführt. So kann es eben dazu führen, dass Ausländer im Falle eines Todes bei der Organentnahme einer für sie völlig unerwarteten gesetzlichen Regelung unterfallen. Zumindest erscheint es dringend erforderlich, dass die Länder der Europäischen Union eine Kollisionsnorm schaffen oder dass eine Empfehlung des Europarates zu einem einheitlichen Grundkonzept geführt wird.

VI. Sterbehilfe

1. Verfahrensrichtlinien

Im Gegensatz zur hohen praktischen Bedeutung der Sterbehilfe sind die *Patientenrechte* bei dieser das Individuum am stärksten betreffenden ärztlichen Maßnahme in allen europäischen Ländern bislang ohne detaillierte gesetzliche Regelungen geblieben. Es ist bekannt, dass in den **Niederlanden** eine wichtige und in Europa herausragende Ausnahme anzutreffen ist. Enthielt die niederländische Regelung bisher in erster Linie Verfahrensrichtlinien und war weniger als Strafrechtsform aufzufassen, so ist seit Neuestem Euthanasie auf gesetzlicher Grundlage möglich. Die Niederlande sind der erste Staat, der die Tötung auf Verlangen unter bestimmten Bedingungen von Strafverfolgung befreit. In der deutschen Öffentlichkeit ist dieser Schritt als "Dammbruch" (Kardinal Lehmann) kritisiert worden. Von vielen Seiten wird erklärt, dass das niederländische Beispiel kein Modell für Deutschland sein könne. Was das Verfahren angeht, so hat sich durch das neue Gesetz hingegen nichts geändert. Dabei ist hier hervorzuheben,

dass die auf den ersten Blick sehr großzügige Regelung insofern problematisch werden kann, als die Staatsanwaltschaft über den Leichenbeschauer eingeschaltet wird, wenn die Sterbehilfe geleistet worden ist. Die Verfahrensvorschriften sind also nicht auf Unterstützung während oder vor der Sterbehilfe ausgerichtet, sondern greifen erst nach der vollzogenen Hilfe beim Sterben.

Wenn in Deutschland bezüglich der aktiven Sterbehilfe immer wieder besondere Vorbehalte geäußert werden, so ist dies kein Einzelfall, sondern es ist übereinstimmend festzustellen, dass eigentlich europaweit aktive Sterbehilfe als Tötungsdelikt geahndet wird. Die Euthanasie in den Niederlanden gilt in Deutschland trotz breiter Resonanz wohl überwiegend und zu Recht als nicht vorbildlich, auch wenn die Hilflosigkeit in schwerster Krankheit für das Selbstwertgefühl vieler moderner Menschen eine Katastrophe bedeutet. Gleichwohl sollte man erneut diskutieren, ob es nicht doch vorstellbare schwerste Fälle am Ende eines menschlichen Lebens gibt, in denen das größte Leid mit besten Schmerztherapien nicht mehr beherrscht werden kann. Hier könnte es Fälle geben, die unter bestimmten prozeduralen Voraussetzungen auch ein aktives Einschreiten eines Arztes zulassen. Dies ist zu diskutieren, damit privaten Sterbehelfern das Handwerk gelegt wird. Ein gesetzlich geregeltes Verfahren mit einer überzeugenden Kontrolle könnte manchem Arzt den Weg aus dem illegalen Dunkel weisen.

2. Sterbehilfe auf Verlangen

Für den Fall einer Vereinheitlichung bietet sich im Bereich der Sterbehilfe insbesondere die Frage an, wie das Verlangen um Hilfe des Sterbenden zu beurteilen ist. Alle Länder stimmen darin überein, dass für die Fälle, in denen der Sterbende selbst um Hilfe bittet, **Strafmilderungen** möglich werden. Mit anderen Worten, die Bitte des Sterbenden hat Auswirkungen auf die Strafe des Hilfeleistenden. Hierbei wird fast übereinstimmend die Kombination von Mitleid und ausdrücklichem und ernstem Verlangen berücksichtigt, die zur Strafmilderung führt. Im Ergebnis wird es dahinstehen können, ob es sich dabei um eine Strafzumessungsregel oder um einen Schuldausschließungsgrund handelt. Für die Normierung ist natürlich von Bedeutung, dass der Schuldausschließungsgrund eher

strengeren Kriterien zu unterwerfen ist als ein bloßer Strafzumessungsaspekt, der in jedem Einzelfall dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum einräumt. Für eine Regelung empfiehlt sich daher unter dem Aspekt des Lebensschutzes eher der Weg über eine Strafzumessungsregelung, weil hier im Einzelfall flexiblere Lösungen möglich werden. Bei einem Schuldauflösungsgrund ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Tatbestände, die zur Schuldauflösung führen, im Einzelnen zu beschreiben. Damit wird eine gerade in der Sterbehilfe unerwünschte Verengung auf gesetzlich normierte Prinzipien erzwungen. Eine Normierung würde, wenn man die Parallele zum niederländischen Beispiel zieht, in den Fällen des ernstlichen Verlangens auch ein vorgeschaltetes Verfahren denkbar erscheinen lassen. Der Patient kann seine Rechte besonders wirkungsvoll durchsetzen, wenn eine neutrale Institution vor der Entscheidung die Last von den Menschen nimmt, die die Hilfe beim Sterben zu leisten bereit und in der Lage sind. Patienten- und Arztrechte würden an dieser hochsensiblen Schnittstelle auf diese Art und Weise besonders gewahrt werden können. Weiter erscheint auf Grund der bestehenden Erfahrungen eine Stärkung der Hospizbewegung wünschenswert.

3. Sterbehilfe und Standesrecht

Die fehlenden gesetzlichen Richtlinien haben dazu geführt, dass die ärztlichen Standesorganisationen selbst aktiv geworden sind. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers auf diesem Gebiet hat erstaunliche Regelungsmodalitäten im Standesrecht ermöglicht. Geradezu einzigartig ist die interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Medizinern, Philosophen und Juristen bei der Verabschiedung von **Richtlinien** und anderen ethischen Katalogen. Hat in Österreich eine Regelung noch Eingang in das Krankenhausgesetz gefunden, so ist die Schweiz schon früh durch ihre Richtlinien der Schweizer Akademie der Medizinischen Wissenschaften hervorgetreten. Auch die British Medical Association hat Richtlinien einer Ethikkommission vorgelegt. Gleiches ist aus Frankreich, Belgien und Skandinavien zu berichten. Auch die Bundesärztekammer hat Grundsätze zur ärztlichen Sterbebegleitung publiziert.¹⁴⁶⁸ Sie lehnen weiterhin zu Recht die aktive Sterbehilfe kategorisch ab und verwehren auch den Behandlungsabbruch. Wenn

¹⁴⁶⁸ DÄBl. 1998, A-2365.

lebensverlängernde intensivmedizinische Eingriffe nicht mehr angezeigt sind, treten palliativ-medizinische und pflegerische Maßnahmen an ihre Stelle. "Unabhängig von dem Ziel der medizinischen Behandlung hat der Arzt in jedem Fall für eine Basisbetreuung zu sorgen." Damit erfährt auch der lebenswerte cerebral schwerstgeschädigte und anhaltend bewusstlose Mensch Anerkennung. Die Grundsätze betonen das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und geben auch Patientenverfügungen, Betreuungsverfügungen sowie Vorsorgevollmachten Raum und bestärken damit eine Praxis, die der Gesetzgeber begünstigte. Bei einer Vereinheitlichung sollte man auf der Grundlage dieser Richtlinien Ansätze für die Lösung der Probleme in der Sterbehilfe suchen. Dabei wird die Hauptschwierigkeit in der Grenze zwischen Hilfe zum Sterben und Hilfe beim Sterben liegen. In der Praxis scheint die Verunsicherung der Ärzteschaft noch groß zu sein. Hier besteht erheblicher Aufklärungsbedarf, um *Patientenrechte* am Lebensende zuverlässig gewährleisten zu können.

C. Zusammenfassung

Das **Strafrecht** bietet weitgehende Möglichkeiten zum Schutz der *Patientenrechte*.

Insgesamt befindet sich die Medizin in einem Zeitbruch. Der medizinisch-technische Fortschritt der Gegenwart bietet dem Kranken wie dem Gesunden Handlungs- und Wahlmöglichkeiten, die das herkömmliche Verständnis vom Rechtssubjekt und seiner verantwortlichen Entscheidungsautonomie in neuem Licht erscheinen lassen.

Unter Zugrundelegung der Tatsache, dass die Patientenrechte maßgeblich Ausdruck des grundrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrechts des Patienten sind, muss die Patientenautonomie Grundlage eines jeden ärztlichen Handelns sein.

Jedenfalls ist das Strafrecht nicht die Materie, die dazu dienen soll, *Patientenrechte* effektiv zu gestalten. Erst eine **Entkriminalisierung** der Beziehung zwischen Arzt und Patient gewährleistet, dass Patientin und Patient in der konkreten Leidenssituation ärztlichen und medizinischen Beistand der Lage angemessen

erhalten. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts gemeinsam mit dem ultima-ratio-Prinzip fordern, dass über den bisherigen Regelungsbereich hinausgehende Sanktionierungen kaum zur Stärkung von *Patientenrechten* führen. Viele der bisherigen Normen, wie etwa § 203 StGB (Ärztliche Verschwiegenheit) haben heute bereits angesichts der völlig irrelevanten Verurteilungszahlen symbolischen Charakter.

Viel Strafrecht hilft nicht viel.

Fünfter Teil: Patientenrechte im Sozialrecht (i.w.S.)

A) Einleitende Bemerkungen

I. Verständnis des Sozialrechts i.w.S.

Nach den ausführlichen Untersuchungen zu den materiellen Patientenrechten im Zivil- und Strafrecht schließen im fünften Teil der Untersuchung Überlegungen zur Gewährleistung von Patientenrechten im Bereich des Sozialrechts im weiteren Sinne. Diese Kategorisierung bedarf der einführenden Erläuterung, da sich dahinter kein feststehender Begriff verbirgt. Gemeint sind damit alle jene Regelungen sowie **organisatorischen und verfahrensrechtlichen Zusammenhänge**, die die Leistungserbringung steuern, wobei die konkreten Handlungsanforderungen, die im Zivil- und Strafrecht im Vordergrund stehen, in den Hintergrund treten. Aus der Perspektive des Verfassungsrechts treten damit die prozeduralen und institutionellen Absicherungen der Patientenrechte in den Vordergrund.

Wie bereits in der allgemeinen Einleitung gezeigt wurde, können die in diesem Bereich angesiedelten formellen und kollektiven Patientenrechte einerseits zur Absicherung und damit Verstärkung der materiellen Patientenrechte eingesetzt werden. Zum anderen bzw. zugleich können mit ihnen aber auch systemorientierte Zwecke, wie z.B. eine Effizienzsteigerung und Qualitätssicherung verfolgt werden, die auch, aber nicht nur im Interesse der Patienten von Bedeutung sind.

In fast allen neueren Untersuchungen zu den Patientenrechten in Deutschland wird konstatiert, daß im Bereich der materiellen Patientenrechte ein im internationalen Vergleich hoher Standard erreicht ist, so daß dort auch nur ein geringer Handlungsbedarf besteht. Demgegenüber wird für den Bereich der formellen und kollektiven Patientenrechte ein **größerer Handlungsbedarf** gesehen. Vorschläge werden nicht selten durch den Verweis auf modellhafte Regelungen bzw. Einrichtungen und Initiativen anderer europäischer Länder sowie der Vereinigten

Staaten von Amerika unterbreitet.¹⁴⁶⁹ Entsprechend wird auch hier vorzugehen sein. Dabei wird aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Konzentration auf die inlandsbezogene Argumentation bezüglich der Entwicklung und der normativen Einzelheiten in den anderen Ländern auf die inzwischen vorliegenden hochwertigen Untersuchungen verwiesen, die zudem den Vorzug besitzen, daß die meisten Beiträge von Autoren aus den betreffenden Ländern stammen. Eine derartige Sachkunde kann hier nicht in Anspruch genommen werden.

II. Methodische Hinweise

In methodischer Hinsicht ist im Bereich der prozeduralen und institutionellen Absicherung von Patientenrechten die Heranziehung von Modellen aus anderen Staaten bzw. Gesellschaftsordnungen mit noch größerer Vorsicht und Umsicht zu behandeln, als dies bereits bei der materiellen Rechtsvergleichung der Fall ist. Das hängt damit zusammen, daß in diesem Feld die **kulturellen und sozialen Besonderheiten** noch stärker ins Gewicht fallen, als dies im normativen Bereich der Fall ist. So muß etwa bei der Orientierung an den Niederlanden immer wieder berücksichtigt werden, daß es sich um ein Land mit 14 Millionen Einwohnern handelt, von denen 1,7 Millionen und damit ca. 20% der Erwachsenen in Vereinen organisiert und aktiv ist, die sich mit Fragen des Patienten- und Verbraucherschutzes befassen. Auf einem derartigen Untergrund kann z.B. die Idee der Bürgerbeteiligung ganz anders verwirklicht werden als in Ländern, in denen seit Jahren das Engagement in Vereinen und Verbänden zurückgeht, wie es in Deutschland der Fall ist. Zudem muß auch der Zeitfaktor berücksichtigt werden. Zustände, die sich in anderen Ländern über lange Zeiträume kontinuierlich entwickelt haben, können nicht durch Gesetz von heute auf morgen transferiert werden. Fehlt es an der Herausbildung der entsprechenden sozialen Kompetenz und Verhaltensprägung, so sind Fehlschläge absehbar. All dies spricht für eine umsichtige Vorgehensweise, die auch die gesellschaftspolitischen Rahmenbedingungen mit in den Blick nimmt.

¹⁴⁶⁹

So etwa die Vorgehensweise im Sammelband Kranich/Böcken (Hrsg.), Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa. Anregungen und Ideen für Deutschland, 1997.

III. Übersicht zum weiteren Gang der Untersuchung

Gegenstand der nachstehenden Überlegungen sind zunächst die materiellen Patientenrechte, soweit sie im Sozialrecht verankert sind. Dieser Punkt markiert gewissermaßen den Brückenkopf, der den fünften Teil mit den beiden vorangehenden verbindet. Es schließen sich dann weitere Themenfelder an, bei denen der Bezug zu den individuellen materiellen Patientenrechten immer dünner wird. Unter C) wird auf Patientenrechte eingegangen, die auf Information und Beratung, Beschwerde, Betreuung und Fürsprache gerichtet sind. Hier besteht noch ein sehr enger Zusammenhang zur Wahrnehmung von Individualrechten. Es folgen unter D) Ausführungen zur institutionellen Patientenunterstützung. Schließlich wird unter E) auf die Modelle und Möglichkeiten der Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen eingegangen.

B) Materielle Patientenrechte im Sozialrecht

I. Bestandsaufnahme Deutschland

1. Recht auf medizinische Versorgung

Das deutsche Gesundheitswesen berechtigt den Versicherten, die für die Verhütung von Krankheiten, ihre Früherkennung sowie Behandlung notwendige medizinische Versorgung in Anspruch zu nehmen. Die (Sach-) Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung sind in den §§ 11, 20 ff. SGB V im einzelnen geregelt und sehr **umfangreich**.

Die medizinische Versorgung muß **flächendeckend** im Bundesgebiet gewährleistet sein. Dies wird durch eine entsprechende Bedarfsplanung der Kassenärztlichen Vereinigungen, u.a. nach § 99 SGB V, sichergestellt.

2. Recht auf Qualität

Die alleinige Bereitstellung ausreichend vieler Krankenhäuser und niedergelassener Ärzte entspricht noch nicht dem sozialrechtlichen Anspruch des Patienten auf angemessene medizinische Betreuung. Vielmehr kommt es auch auf die Güte der medizinischen Versorgung an. Zwar kann dem Patienten ein Behandlungserfolg nicht garantiert werden,¹⁴⁷⁰ doch muß die ärztliche Behandlung hohen Qualitätsanforderungen genügen. Der Patient hat Anspruch auf eine sorgfältige und qualifizierte Therapie, die dem neuesten Stand der Wissenschaft entspricht bzw. aufgrund empirischer Erkenntnisse von der Ärzteschaft anerkannt ist. Auch im Bereich der stationären Pflege hat der Patient Anspruch auf qualifiziertes Personal und angemessene Unterbringung.¹⁴⁷¹

Neben dem ausreichend großen Angebot an qualifizierten Leistungserbringern in Gesundheitsberufen kommt auch der Qualität der medikamentösen Versorgung eine große Bedeutung zu. Der Patient hat ein Recht darauf, mit qualitativ einwandfreien Arzneimitteln bzw. Medizinprodukten behandelt zu werden.¹⁴⁷² Das gleiche gilt für die verwendeten Geräte und Anlagen.

Das Recht auf Qualität wird im wesentlichen in Zusammenhang mit der **Leistungserbringung** und dem Behandlungsvertrag gewährleistet, indem eine den Mindestqualitätsanforderungen nicht genügende Leistungserbringung schadensersatzpflichtig macht. Insoweit ist auf das zivilrechtliche Instrumentarium und die Ausführungen im dritten Teil der Untersuchung zu verweisen. Ergänzend greifen ggf. auch strafrechtliche Sanktionen ein.

Darüber hinaus wird eine **Qualitätssicherung** durch das ärztliche Berufsrecht (Heilberufegesetze der Länder ergänzt durch die Berufsordnungen der Ärztekammern) mit Hilfe von Fortbildungspflichten angestrebt. Hinzu kommen Richtlinien, Leitlinien und Empfehlungen für einzelne Behandlungsmaßnahmen.¹⁴⁷³

¹⁴⁷⁰ Vgl. Gesundheitsministerium NRW, Broschüre "Patientenrechte in Deutschland heute", S. 9.

¹⁴⁷¹ Vgl. Gesundheitsministerium NRW, Broschüre "Patientenrechte in Deutschland heute", S. 17.

¹⁴⁷² Vgl. Gesundheitsministerium NRW, Broschüre "Patientenrechte in Deutschland heute", S. 16.

¹⁴⁷³ Dazu Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, 1999, S. 21 ff.

Schließlich sehen die §§ 135 ff. SGB V (für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung) umfangreiche Maßnahmen zur Qualitätssicherung bei der Leistungserbringung durch Vertragsärzte, im stationären Bereich und bezüglich der Hilfsmittel vor. Auf weitere institutionelle Maßnahmen zur Qualitätssicherung wird unter D) eingegangen.

3. Recht auf freie Arztwahl

Das Recht auf freie Arztwahl ist für die Patienten unterschiedlich ausgestaltet, je nachdem, ob sie privat versichert oder Mitglied einer gesetzlichen Krankenversicherung sind. Für die privat Versicherten besteht eine weitgehende Wahlfreiheit. Sie kann durch die Vertragsbedingungen eingeschränkt werden. Für Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung besteht das Recht auf freie Arztwahl nur innerhalb der detaillierten Vorgaben des § 76 SGB V. Nach Absatz 1 dieser Vorschrift können zunächst nur die jeweils zur **vertragsärztlichen Versorgung** zugelassenen und ermächtigten Ärzte in Anspruch genommen werden. Weiter verlangt Absatz 2, daß – außer wenn ein zwingender Grund vorliegt – einer der nächsterreichbaren Vertragsärzte bzw. Einrichtungen aufgesucht werden muß. Auch der Wechsel des behandelnden Arztes ist nach Absatz 3 eingeschränkt. Es ist beabsichtigt, die Stellung des Hausarztes als "Lotse" (Gatekeeper) weiter zu stärken. Auch dadurch würde die freie Arztwahl beschränkt.

4. Mitaufnahme einer Begleitperson, Kinderbetreuung, Besuchszeiten

Im Falle einer stationären Behandlung umfassen die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 11 Abs. 3 SGB V auch die aus medizinischen Gründen notwendige Mitaufnahme einer **Begleitperson** des Versicherten.

In den Krankenhausgesetzen einiger Bundesländer finden sich besondere Regelungen für die **Betreuung von Kindern im Krankenhaus**. So bestimmt etwa § 4 Abs. 1 KHG NW, daß die Krankenhäuser im Rahmen ihrer Möglichkeiten die Aufnahme von Begleitpersonen für Kinder erlauben. Nach Absatz 2 dieser Vorschrift unterstützt das Krankenhaus zudem die schulische Betreuung von Kindern, die über einen längeren Zeitraum im Krankenhaus behandelt werden.

Zu Sicherung des **Kontaktes mit Familienangehörigen und Vertrauten** sehen einige Krankenhausgesetze, wie z.B. § 3 Abs. 3 KHG NW, vor, daß angemessene Zeiten für Besuchszeiten festgelegt werden. Die Einzelheiten der Regelung stehen im Ermessen der Krankenhausverwaltung, haben jedoch die grundrechtlichen Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG sowie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Patienten zu berücksichtigen, die Verlangen, daß entsprechende Kontakte grundsätzlich ohne besondere Erschwernis möglich sind.

5. Unterstützung von fremdsprachigen Patienten

Durch die Zunahme von fremdsprachigen Patienten stellt sich die Frage, ob und in welcher Form ihnen eine besondere Unterstützung zur geleistet werden muß, insbesondere durch die Bereitstellung eines Dolmetscherdienstes. Im Universitäts-Krankenhaus Hamburg-Eppendorf wurde ein solcher Dienst ab 1994 aufgebaut.¹⁴⁷⁴

II. Bestandsaufnahme Ausland

1. Frankreich

In Frankreich hat jeder Patient einen gesetzlich verankerten Anspruch auf schmerzlindernde Pflege und Begleitung (Palliativmedizin), sofern sein Gesundheitszustand dies erfordert.¹⁴⁷⁵ Der Kranke kann sich jeder Untersuchung oder Behandlung widersetzen.

¹⁴⁷⁴ Maaß, in: Kranich/Böcken (Hrsg.), Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa, 1997, S. 179 ff.

¹⁴⁷⁵ Loi no 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs.

2. Niederlande

Durch das Gesetz betreffend medizinische Behandlungsverträge aus dem Jahr 1995 wurden bestimmte Patientenrechte verankert. Es enthält u.a. die Verpflichtung der Leistungsanbieter, ihre Patienten umfassend zu informieren sowie Regelungen zur ärztlichen Schweigepflicht. Patienten darf der Zugang zu ihren eigenen Krankenakten grundsätzlich nicht verwehrt werden.

Mit dem 1998 erlassenen "Legal Rights of Patients Act" wurden die Patientenrechte erweitert. Das Gesetz beinhaltet eine Informationspflicht des Arztes und des medizinischen Personals gegenüber dem Patienten, den Grundsatz der Einwilligung des Patienten in seine Behandlung, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten bzgl. der Schmerzbehandlung und lebensverlängernder Maßnahmen und das Recht auf Schutz persönlicher Patientendaten.

In den Niederlanden hat der Staat bereits vor 20 Jahren ein Dolmetschernetz geschaffen, das fremdsprachige Patienten unterstützt.¹⁴⁷⁶

III. Handlungsbedarf und Regelungsvorschläge

Sowohl der Umfang der ärztlichen Versorgung als auch die Freiheit bei der Arztwahl werden in Deutschland auf einem international **vergleichsweise hohen Niveau** gewährleistet. Die Standards anderer Länder lassen insoweit einen Handlungsbedarf nicht erkennen. Die in einigen Bereichen geführte Auseinandersetzung über die Anerkennung neuer bzw. alternativen Behandlungsmethoden und Heilmittel betrifft Einzelfragen, auf die hier nicht eingegangen werden kann.

Im Hinblick auf die Qualität der Versorgung wurde in jüngster Zeit auf die unzureichende Erfüllung der **ärztlichen Fortbildungsverpflichtungen** hingewiesen. Ob insoweit ein Regelungsbedarf besteht oder ob die konsequente Anwendung bestehender berufsrechtlicher Vorschriften durch die Ärztekammern ausreicht, wäre

¹⁴⁷⁶ Maaß, in: Kranich/Böcken (Hrsg.), Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa, 1997, S. 179 (185 f.); eine ähnliche Einrichtung findet sich in Schweden, siehe Maaß, a.a.O., S. 182 ff.

genauer zu prüfen. Eine entsprechende Prüfung sollte von den Ärztekammern in Angriff genommen werden. Auf die im Ausland z.T. praktizierte Qualitätssicherung durch Zertifizierung und Benchmarking wird unter D) eingegangen.

Ein **Handlungsbedarf** wird in der Literatur überdies vor allem in zwei Bereichen gesehen: Zum einen wird eine über die technisch hochwertige Betreuung hinausgehende Verbesserung des Umgangs mit dem Patienten im Sinne einer **sprechenden Medizin** verlangt.¹⁴⁷⁷ Dies kann aber kaum gesetzlich verordnet, sondern nur in der Praxis vermittelt werden. Über entsprechende Zielvorgaben in den Ausbildungsvorschriften für Ärzte und Pflegepersonal ist nachzudenken (Stichwort: humane Versorgung). Zudem wird die Einführung einer weiteren Wahlmöglichkeit neben der stationären und ambulanten Behandlung in Form einer **Behandlung in der Wohnung** verlangt.¹⁴⁷⁸ Die Berechtigung dieser Forderungen kann aus rein rechtlicher Sicht ohne genaue Kenntnis der Behandlungsmöglichkeiten in Wohnungen und der organisatorischen und ökonomischen Auswirkungen nicht beurteilt werden.

Entwicklungsmöglichkeiten dürften in vielen Bereichen bezüglich einer besseren Sicherung der Kontaktmöglichkeiten mit Familienangehörigen und Vertrauten sowie der Bereitstellung abgeschirmter Kontaktsphären bestehen. Dies fällt in den Zuständigkeitsbereich der Länder (Krankenhausgesetze).

¹⁴⁷⁷ Welge/Lindemann, in: Kranich/Böcken (Hrsg.), Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa, 1997, S. 104 (105).

¹⁴⁷⁸ Welge/Lindemann, a.a.O.

C) Information und Beratung, Beschwerde, Betreuung und Fürsprache

I. Bestandsaufnahme Deutschland

1. Informations- und Beratungsstellen

Informations- und Beratungsstellen dienen als Anlaufstelle für Patienten, die sich über **Behandlungsmöglichkeiten** informieren möchten. Zu den typischen Tätigkeiten von Informations- und Beratungsstellen gehört auch die Weitergabe von Praxisadressen **spezialisierter Ärzte**. Teilweise wenden sich Patienten auch in allgemeinen Arzthaftungsfragen an die Beratungsstellen.

Unterhalten werden die Informationsstellen meist von den Landesärzte- oder Landeszahnärztekammern. Denkbar sind aber auch Beratungsstellen in mehrfacher Trägerschaft. Es existieren verschiedene Informationsmöglichkeiten, etwa in Form von telefonischer, schriftlicher oder persönlicher Beratung oder über das Internet.

Dazu einige Beispiele¹⁴⁷⁹:

Die **Zahnärztekammer Baden-Württemberg** beantwortet Fragen zur Mundgesundheit und allgemeinen zahnmedizinischen Bereichen. Auch die Durchführung einer einfachen Anamnese ist möglich¹⁴⁸⁰.

Die **Ärztekammer Westfalen-Lippe** betreibt eine Bürgerberatung, die über ärztliche Qualifikationen in ambulanten und stationären Einrichtungen sowie über Behandlungsmöglichkeiten informiert.

In der **Unabhängigen Patientenberatungsstelle Bremen** e.V. arbeiten Ärztekammer, Gesundheitssenator, Krankenkassen und Krankenhausgesellschaft zusammen. Besonderer Wert wird auf die große Unabhängigkeit der Beratungsstelle gelegt, die kraft Finanzierung durch verschiedene Träger erreicht wird.¹⁴⁸¹ Der

¹⁴⁷⁹ Weitere Beispiele finden sich auf der homepage des Bundesgesundheitsministeriums unter der Rubrik Themen > Selbsthilfe/Patientenrechte.

¹⁴⁸⁰ Vgl. Zahnärzteblatt Baden-Württemberg extra, Ausg. Juni 1998, S. 4.

¹⁴⁸¹ Vgl. Unabhängige Patientenberatung Bremen, Tätigkeitsbericht 1999, S. 4 f.

Bremer Verein berät Patienten kostenfrei in vielfacher Hinsicht: Die meisten Fragen werden zu den Bereichen Verordnungsfähigkeit, Gebührenordnungen, Arzthaftpflicht, Fachausrichtungen von Ärzten und dem Umgang mit Patienten gestellt.¹⁴⁸²

Die **Hamburger Ärztekammer** hat ein kostenpflichtiges Patiententelefon eingerichtet, das ein breites Angebotsspektrum bietet: So ist es möglich, Praxisadressen zu erfahren; der Anrufer kann aber auch Informationen über komplexe psychologische und medizinische Zusammenhänge erhalten.¹⁴⁸³

2. Verbraucherzentralen

Einzelne Verbraucherzentralen der Länder nehmen sich dem **gesundheitlichen Verbraucherschutz** an und beraten in Gesundheitsangelegenheiten, so etwa die Verbraucherzentrale des Saarlandes gem. § 65 b SGB V.

Die Verbraucherzentrale Rheinland-Pfalz hat in einem Modellprojekt¹⁴⁸⁴ u.a. ein Beschwerdetelefon geschaffen, das im Bereich der ambulanten Pflege zu Verbesserungen führen soll. Auch wurden von der Verbraucherzentrale die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aller Mainzer ambulanten Pflegedienste auf Verstöße gegen das AGBG überprüft.

3. Patienten- und Angehörigenberatungsstellen in Krankenhäusern

Vereinzelt gibt es in Krankenhäusern Anlaufstellen für Patienten und deren Angehörige. In einigen Krankenhäusern der Freien Hansestadt Bremen ist eine solche Patienten- und Angehörigenberatungsstelle eingerichtet.

4. Patientenbeschwerdestellen in Krankenhäusern

Sind stationär behandelte Patienten mit Umständen unzufrieden, die zur Sphäre des Krankenhauses zählen, können Patientenbeschwerdestellen sich für die

¹⁴⁸² So die Zahlenübersicht im Tätigkeitsbericht 1999 der Unabhängigen Patientenberatung Bremen, S. 3.

¹⁴⁸³ Vgl. Ärztekammer Hamburg, Tätigkeitsbericht 1999, S. 96 f.

¹⁴⁸⁴ Vgl. dazu Gesundheitsministerium Rheinland-Pfalz, Dokumentation der Tagung der rheinland-pfälzischen Patientenfürsprecherinnen und Patientenfürsprecher am 1.09.2000 in Mainz, S. 18 f.

Verbesserung der Patientensituation einsetzen. Ein Vorteil von Patientenbeschwerdestellen in Krankenhäusern ist die zentrale Aufnahme und Bearbeitung von Beschwerden. Sofern die Patienten ausreichend über das Vorhandensein einer solchen krankenhausesinternen Einrichtung informiert werden, können sie sich unmittelbar an diese Stelle wenden.

Teilweise ist die Einsetzung solcher Stellen in Krankenhäusern gesetzlich vorgeschrieben. Beispielsweise besteht in Sachsen die Verpflichtung zur Errichtung unabhängiger Patientenbeschwerdestellen.¹⁴⁸⁵ Das gleiche gilt gem. § 5 KHG NW für Nordrhein-Westfalen.

5. Patientenfürsprecher in Krankenhäusern

Eine weitaus bedeutsamere Rolle für den Schutz und die Durchsetzung von Patientenrechten in Krankenhäusern spielen indes die so genannten Patientenfürsprecher. Ihre Hauptaufgabe besteht in der Regel darin, die Interessen der Patienten gegenüber der Krankenhausleistung zu vertreten. Patientenfürsprecher sind durch eine weitgehende Weisungsfreiheit charakterisiert. In manchen Bundesländern ist die Einrichtung von Patientenfürsprechern gesetzlich verankert.

Dazu einige Beispiele:

In Rheinland-Pfalz ist seit 1973 die Wahl eines Patientenfürsprechers für jedes nichtkirchliche Krankenhaus vorgeschrieben.¹⁴⁸⁶ Seine Aufgabe besteht in der Interessenvertretung der Patienten gegenüber der Krankenhausleitung und den Krankenhausbediensteten.¹⁴⁸⁷ Eine Rechtsberatung des Patienten erfolgt nicht. Der Patientenfürsprecher wird ehrenamtlich tätig und verfügt neben seiner Unabhängigkeit gegenüber dem Krankenhausträger über eigene Informationsrechte.

¹⁴⁸⁵ § 23 Abs. 4 Sächs. Krankenhausgesetz.

¹⁴⁸⁶ Vgl. § 25 Landeskrankenhausgesetz Rh-Pfalz. Diese Einrichtung hat sich auch in den kirchlich betriebenen Krankenhäusern etabliert.

¹⁴⁸⁷ Vgl. Gesundheitsministerium Rheinland-Pfalz, Dokumentation der Tagung der rheinland-pfälzischen Patientenfürsprecherinnen und Patientenfürsprecher am 1.09.2000 in Mainz, S. 7 f.

Im Saarland sind alle Krankenhäuser verpflichtet, einen Patientenfürsprecher zu bestellen und zu unterstützen.¹⁴⁸⁸ Der ehrenamtliche Patientenfürsprecher vertritt auf ausdrücklichen Wunsch der Patienten deren Interessen gegenüber dem Krankenhausträger und kann sich auch an den Gesundheitsminister wenden. Der auf fünf Jahre bestellte Patientenfürsprecher ist frei von Weisungen.¹⁴⁸⁹

II. Bestandsaufnahme Ausland

In einigen europäischen Ländern ist die Errichtung von Beschwerdestellen bzw. Patientenvertretern gesetzlich vorgeschrieben.

1. Dänemark

In Dänemark können sich Patienten bei Beschwerden an das "Patients´ Board of Complaints" wenden. Dabei handelt es sich um eine **öffentliche Beschwerdeinstanz**, die unabhängig arbeitet.

2. Finnland¹⁴⁹⁰

Finnische Krankenhäuser und Gesundheitszentren sind verpflichtet, einen Patientenbeauftragten zu benennen¹⁴⁹¹. Ein **Patientenbeauftragter** kann auch gemeinsam von mehreren Einrichtungen eingesetzt werden. Aufgabe des Patientenbeauftragten ist es, den Patienten über seine Rechte zu informieren und ihn bei deren Durchsetzung zu unterstützen. Der Patientenbeauftragte hat beispielsweise den geschädigten Patienten darauf hinzuweisen, daß er sich wegen Schadensersatzansprüchen fristgerecht an das Patientenversicherungszentrum wenden muß.

¹⁴⁸⁸ § 28 Abs. 1 Saarl. Krankenhausgesetz.

¹⁴⁸⁹ § 28 Abs. 4 S. 2 Saarl. Krankenhausgesetz.

¹⁴⁹⁰ Dazu ausführlich der Bericht von Lahti, in: Kranich/Böcken (Hrsg.), Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa, 1997, S. 21 ff.

¹⁴⁹¹ § 11 Abs. 1 des finnischen Gesetzes über die Stellung von Patienten (1992).

3. Niederlande¹⁴⁹²

In den Niederlanden verpflichtet das **Gesetz über das Recht auf Beschwerde** dazu, ein für Patienten zugängliches Beschwerdesystem zu errichten.

4. Großbritannien¹⁴⁹³

Seit 1973 ist ein Health Services Commissioner eingerichtet, der sich als Ombudsmann dem allgemeinen Beschwerdemanagement auf vorwiegend nationaler Ebene annimmt. Er erstellt jährliche Tätigkeitsberichte, die einen Überblick über die Entwicklung der Beschwerdebehandlung geben.

Dieses System wurde 1991 auf der Basis einer Bürgercharta weiterentwickelt, die auch für das Gesundheitswesen gilt und zum Erlaß einer **Patientencharta des NHS** führte.¹⁴⁹⁴ Dort ist unter anderem eine Beschwerdemöglichkeit vorgesehen, die ein Antragsrecht in Bezug auf ein kompliziertes 3-stufiges Beschwerdeverfahren vorsieht.¹⁴⁹⁵

5. Österreich¹⁴⁹⁶

In österreichischen Krankenhäusern müssen **Patientenvertretungen** eingerichtet werden¹⁴⁹⁷. Daneben gibt es in mehreren Bundesländern die Einrichtung der **Patientenanwaltschaft**.¹⁴⁹⁸ Sie ist als unabhängige und weisungsfreie Anlaufstelle für die Krankenhäuser und das sonstige Gesundheitswesen zuständig. Ihre Aufgabe

¹⁴⁹² Dazu ausführlich die Berichte von Dekkers und Manders/Widdenhoven, in: Kranich/Böcken (Hrsg.), Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa, 1997, S. 62 ff. und 69 ff.

¹⁴⁹³ Dazu ausführlich der Bericht von Mitchell, in: Kranich/Böcken (Hrsg.), Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa, 1997, S. 40 ff.

¹⁴⁹⁴ Mitchell, a.a.O., S- 41 f.

¹⁴⁹⁵ Mitchell, a.a.O., S. 45.

¹⁴⁹⁶ Dazu ausführlich der Bericht von Pickl, in: Kranich/Böcken (Hrsg.), Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa, 1997, S. 48 ff.

¹⁴⁹⁷ § 11e österreichisches Krankenanstaltengesetz. Siehe näher Pickl, a.a.O., S. 51 ff.

¹⁴⁹⁸ Zur Wiener Patientenanwaltschaft Pickl, a.a.O., S. 52 f.; zur Kärntner Patientenanwaltschaft Hagemann/Kranich, in: Kranich/Böcken (Hrsg.), Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa, 1997, S. 128 ff. Zu einer ähnlichen Einrichtung in Zürich siehe Hagemann/Kranich, a.a.O., S. 130 ff.

ist die Wahrung und Sicherung der Rechte und Interessen der Patienten. Der gesetzliche **Betätigungsauftrag** erstreckt sich auf folgende Bereiche:

- die Behandlung von Beschwerden
- die Prüfung von Anregungen
- die Aufklärung von Mängeln oder Mißständen
- die Abgabe von Erklärungen zur Abstellung von Mängeln oder Mißständen
- die Erteilung von Auskünften

Außerdem nehmen die Patientenanwaltschaften Vermittlungsfunktionen in Versicherungsangelegenheiten, in Pflegegebühren- und Honorarfragen wahr. Die gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten sind gegenüber der Patientenanwaltschaft nicht wirksam, doch sind die Mitarbeiter zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet. Die Inanspruchnahme durch die Patienten ist hoch.

III. Handlungsbedarf und Regelungsvorschläge

Die Situation in Deutschland spiegelt im internationalen Vergleich die Folgen der föderalen Struktur wieder. Während im Ausland die meisten Regelungen für den ganzen Staat gelten, sobald eine entsprechende Entscheidung getroffen wurde, ist die rechtliche und tatsächliche Lage in Deutschland durch Vielfalt gekennzeichnet. Zwar sind bei einer Einzelbetrachtung die verschiedenen Ansätze des Auslandes auch in Deutschland anzutreffen. Doch handelt es sich meist um sektorale und auf einzelne Bundesländer beschränkte Maßnahmen. Das hängt damit zusammen, daß der Schwerpunkt der Zuständigkeiten in diesem Gebiet bei den Ländern und den Ärztekammern liegt.

Da der internationale Vergleich zeigt, daß verschiedene Wege möglich und erfolgreich sein können, sollte auch in Deutschland die bestehende Vielfalt nicht beseitigt werden. Sowohl bei den möglichen Trägern als auch bei den Regelungsmodalitäten sollte vor allem dort angesetzt werden, wo Engagement und Sachkompetenz bereits vorhanden sind. Das können die Ärztekammern ebensogut sein wie Verbraucherzentralen oder unabhängige Träger, die speziell zum Zweck der Patientenberatung geschaffen wurden, wie z.B. das Modell Bremen zeigt.

Trotz dieser **grundsätzlichen Vielfaltsoption** erscheint es sinnvoll, daß eine Reihe von **Handlungsempfehlungen** für die Länder formuliert werden. Dabei ist an folgende Einzelthemen zu denken:

- Im **Krankenhausbereich** sollten die Länder die Einrichtung von **Patientenberatungsstellen**, die ggf. zusammen mit den Versicherern unterhalten werden können, und von **unabhängigen Beschwerdestellen** vorschreiben. Unter Umständen können beide Funktionen auch zusammengefaßt werden, z.B. in der Funktion eines Patientenombudsmanns oder Patientenanwalts. Diese Forderung kann mit der besonderen Lage des stationär behandelten Patienten begründet werden.
- Darüber hinaus sollten die Länder dafür Sorge tragen, daß auch für die übrigen Bereiche des Gesundheitswesens ein **Beratungsangebot** besteht. Wie dies verankert wird (Öffentlicher Gesundheitsdienst, Verbraucherschutz, Ärztekammern, Patientenanwaltschaft), sollte von der jeweiligen Ausgangslage abhängig gemacht werden.

D) Institutionelle Patientenunterstützung

I. Bestandsaufnahme Deutschland

1. Ethikkommissionen

Ethikkommissionen werden bei Ärztekammern und (Universitäts-) Kliniken als interdisziplinäre und unabhängige Gremien mit Beratungs- und Entscheidungsfunktion eingerichtet. Sie haben in erster Linie die Aufgabe, grundrechtlich und ethisch "kritische" Forschungs- und Therapievorhaben sowie Maßnahmen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin zu prüfen und ggf. zu genehmigen. Daran ist teilweise die Zulässigkeit des Vorhabens überhaupt, teilweise seine Finanzierung, teilweise die haftungsrechtliche Zuordnung verbunden. Zumindest in einigen Bereichen dient die Arbeit von Ethikkommissionen damit auch dem Schutz von Patientenrechten.

Die Ethikkommission der Ärztekammer Berlin hat darüber hinausgehend einen Arbeitsausschuß zum Thema "Stärkung der Patientenrechte" eingesetzt. Ergebnisse seiner Tätigkeit sind eine Patientenanleitung zum Behandlungsabbruch, Formulare für die Errichtung von Patiententestamenten, Betreuungsverfügungen und Vorsorgevollmachten sowie die Etablierung krankenhauser Ethikberatungen.

2. Patientenschutzvereine, Selbsthilfegruppen

In Selbsthilfegruppen organisieren sich in der Regel Betroffene spezieller Krankheitstypen. Die Selbsthilfegruppen setzen sich für die individuellen Bedürfnisse und Rechte der von der Krankheit Betroffenen ein. Dagegen haben Patientenschutzvereine die Verbesserung von Patientenrechten in allgemeinerer Form vor Augen.

3. Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen

Die von den Landesärztekammern und Landeszahnärztekammern eingesetzten Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen überprüfen beanstandete Behandlungen und bemühen sich, Streitigkeiten zwischen Patient und Arzt bzw. Krankenhaus außergerichtlich beizulegen. Außerdem erteilen die Schlichtungsstellen Auskünfte über Arzthaftpflichtfragen und beraten Patienten über mögliche Vorgehensweisen.

So hat etwa die Ärztekammer Hamburg eine Schlichtungsstelle für Arzthaftpflichtfragen eingerichtet, die gebührenfreie Gutachten über vermutete Behandlungsfehler erstellt und Fragen nach Schadensersatzansprüchen dem Grunde nach beantwortet.¹⁴⁹⁹ Der Schlichtungsausschuß der Landesärztekammer Rheinland-Pfalz setzt sich aus einem Juristen und jeweils zwei Ärzte- und Patientenvertretern zusammen.¹⁵⁰⁰

4. Einrichtungen zur Qualitätssicherung

¹⁴⁹⁹ Vgl. Ärztekammer Hamburg, Tätigkeitsbericht 1999, S. 66.

¹⁵⁰⁰ § 5 b Abs. 1 und 2 Heilberufsgesetz RhL.-Pfalz.

Das Niedersächsische "Zentrum für Qualitätsmanagement im Gesundheitswesen" versteht sich als Ansprechpartner für die Entwicklung und Durchführung von Projekten zur Qualitätssicherung. Das Zentrum verfolgt mit dem Projekt "Qualitätsverbesserung auf der Ebene des Care Managements - Kommunikation, Kooperation und Koordination in der ambulanten Versorgung" die Ziele, die Versorgungsqualität und die Patienten- und Beschäftigtenzufriedenheit zu steigern sowie zur Kostensenkung beizutragen. Die Finanzierung erfolgt durch den Niedersächsischen Verein zur Förderung der Qualität im Gesundheitswesen e.V. Der Versuch, die Servicestelle "Informations-, Beratungs- und Koordinationsstelle für PatientInnen, Angehörige und Professionelle in Oldenburg" zu etablieren, ist bisher gescheitert.

II. Bestandsaufnahme Ausland

1. Niederlande

In den Niederlanden erfolgt eine ausgeprägte Qualitätssicherung für den Bereich der **Allgemeinmedizin**. In sog. peer reviews tauschen Allgemeinmediziner auf lokaler Ebene unter Anleitung eines geschulten Gruppenleiters Erfahrungen aus und diskutieren Behandlungsprobleme. Weitere Maßnahmen sind verschiedene Monitoring-Verfahren und eintägige Praxisbesuche. Die Verlängerung der auf fünf Jahre befristeten Zulassung hängt vom Besuch von Fortbildungskursen und dem Bestehen eines medizinischen Tests ab.

Große Bedeutung kommt in den Niederlanden der **Förderung von Patientenverbänden** zu. Es gibt einen nationalen Verband der Patienten- und Verbraucherorganisationen. Es handelt sich dabei um eine Verbindung aller Organisationsformen von Patientenorganisationen bis hin zu Vereinigungen älterer Menschen. Die einzelnen Verbände bearbeiten abgegrenzte Schwerpunkte, die in der Regel an bestimmten Krankheiten orientiert sind. Sie bilden nicht nur ein Forum der Interessenvertretung, sondern auch der Selbsthilfe und gegenseitigen Information. Ein weiteres Ziel des Dachverbandes ist die Bestimmung der tatsächlichen Versorgungsbedürfnisse aus der Patientensicht. Die Finanzierung

vieler Aktivitäten erfolgt über eine private Stiftung, die staatliche Gelder unabhängig verwaltet und an die einzelnen Organisationen nach vorher festgelegten Richtlinien weiterleitet. Die staatliche Förderung betrug im Jahr 2000 ca. 14 Mio. Euro.

2. Großbritannien

Die Patientencharta der NHS sieht 10 allgemeine Rechte der Patienten (6 regeln den Zugang zur medizinischen Versorgung, 3 die Stellung der Patienten und 1 betrifft ein Beschwerderecht), Garantien (in Form von Normen) und Standards vor, die einzuhalten sind.¹⁵⁰¹ Mit Hilfe von Patientenbefragungen und auf der Basis von Berichten wird zudem ein Ranking und Benchmarking durchgeführt.

3. Massachusetts, USA

Mit dem "Patient Rights Program" sollen Patientenrechte durch Bildung und Forschung gestärkt werden.

Es existieren zwar viele Einrichtungen, die sich bestimmten Patienteninteressen annehmen. Doch befassen sie sich entweder nur mit speziellen Krankheitstypen, oder sie beschäftigen sich umfangreich mit dem Gesundheitswesen, ohne sich auf die Patientenrechte zu konzentrieren.

Das "Patient Rights Program" schlägt vor, die Grundlagen und Regelungsziele bestehender Gesetze in den Bereichen Information und Schiedsgerichtsbarkeit zu analysieren. Die gegenwärtigen Umstände sollen untersucht und Empfehlungen für Gesetzesänderungen erarbeitet werden.

Es wird vorgeschlagen, mittels "model legislation" Patientenrechte festzulegen und Möglichkeiten zu schaffen, diese Rechte zu stärken.

Die Öffentlichkeit soll durch von Patienten erstellte Bewertungen über Patientenschutz-Organisationen informiert werden. Die "report cards" sollen über die Zufriedenheit betroffener Patienten berichten und Auskunft darüber geben, wie sich die einzelnen Einrichtungen definieren und wie Patientenrechte gestärkt werden.

Diese Erfahrungsberichte könnten die empirische Grundlage für Gesetzesänderungsvorschläge sein.

III. Handlungsbedarf und Regelungsvorschläge

Die Beurteilung des Handlungs- und Regelungsbedarfs im institutionellen Bereich in Deutschland ist je nach Ausgangslage in den einzelnen Bundesländern differenziert zu beurteilen. Eine Erweiterung des Aufgabenbereichs der Ethikkommissionen erscheint nicht angebracht, da diese dadurch ihr Profil verlieren würden. Sinnvoll erscheint es, die Schlichtungs- und Gutachterstellen dort auszubauen, wo sie noch nicht eingeführt sind. Damit sind die Landesgesetzgeber angesprochen.

Ausbaufähig erscheint auch die Förderung und Koordination der Selbsthilfe- und Patientenvereine. In diesem Bereich sind die gegenseitigen Vorbehalte wohl am stärksten ausgeprägt, wie die jeweiligen Stellungnahmen zeigen. Ein konkreter Regelungsvorschlag kann ohne eine genaue Kenntnis der Strukturen hier nicht gemacht werden.

E) Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen

I. Bestandsaufnahme Deutschland

1. Vorbemerkungen zur Einordnung von Bürgerbeteiligung

Mit der Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen wird ein Bereich angesprochen, bei dem keine direkten Bezüge zu den materiellen individuellen Patientenrechten der Akteure mehr bestehen. Es geht vielmehr um eine Form der Mitwirkung, die sich auf eine allgemeinen, institutionellen Ebene abspielt und allgemeine Interessen „der Patienten“ im staatlichen Entscheidungs- und Vollzugsprozeß zur Geltung bringt. Man spricht deshalb auch von kollektiven Patientenrechten. Als Ziel der Bürgerbeteiligung wird auch die „Bürgerorientierung des Gesundheitswesens“ angeführt.¹⁵⁰²

¹⁵⁰¹ Mitchell, a.a.O., S. 43.

¹⁵⁰² Siehe Badura/Hart/Schellschmidt, Bürgerorientierung des Gesundheitswesens, 1999.

Bürgerbeteiligung an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist im demokratischen Verfassungsstaat einerseits eine Selbstverständlichkeit, soweit sie in den regulären Bahnen demokratischer Legitimation (Wahlen etc.) verläuft. Sie ist andererseits problematisch, wenn es um die Einräumung von Mitentscheidungsbefugnissen an „Bürger“ geht, denen eine entsprechende Legitimation fehlt. Gleichwohl ist vor allem auf kommunaler Ebene die Mitwirkung von Bürgern und Einwohnern in der Form der sachverständigen Bürger und Einwohner seit langem gesetzlich verankert, wobei ihnen jedoch keine Entscheidungsbefugnisse zukommen. In anderen Bereichen – wie z.B. dem Jugendschutz bei der Zulassung von Filmen und Druckwerken nach dem Jugendschutzgesetz – nach dem wirken Bürger als Vertreter repräsentativer gesellschaftlicher Gruppen in staatlichen Gremien mit, die gruppenplural ausgestaltet sind. Dort kommt ihnen auch Entscheidungsbefugnis zu. Bürgerbeteiligung ist als solche demnach möglich, muß aber bestimmte verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen beachten. Die Legitimationsfrage muß jedenfalls beachtet werden. Das gilt vor allem dann, wenn es um die Zuweisung von (Mit-) Entscheidungsbefugnissen geht.

Zum Thema der Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen haben Robert Francke und Dieter Hart im Dezember 2000 ein umfangreiches Rechtsgutachten vorgelegt, das im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit und des Ministeriums für Frauen, Jugend, Familie und Gesundheit des Landes Nordrhein-Westfalen erstattet wurde. Es basiert unter anderem auf einer Expertentagung, bei der auch Berichte ausländischer Experten vorgetragen wurden. Auf die dortigen Ausführungen und Vorschläge, die auf einer langjährig erworbenen Sachkompetenz der Autoren basiert, wird hier ausdrücklich verwiesen.

2. Landes- und Kommunale Gesundheitskonferenz NRW

Das Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst von Nordrhein-Westfalen sieht in seiner Fassung vom 25.11.1997¹⁵⁰³ in § 24 die Einrichtung von Kommunalen Gesundheitskonferenzen und in § 26 die Einrichtung einer Landesgesundheitskonferenz vor. Es handelt sich um die erste derartige Regelung in Deutschland.¹⁵⁰⁴

¹⁵⁰³

GV NW S. 430.

¹⁵⁰⁴

Wimmer, DVBl. 2000, 27.

Die kommunalen Gesundheitskonferenzen, die bei jeder kreisfreien Stadt und jedem Kreis zu bilden sind (Pflichtaufgabe), setzen sich gem. § 2 der Ausführungsverordnung (AV-ÖGDG)¹⁵⁰⁵ neben Mitgliedern des zuständigen Ausschusses der jeweiligen Kommune aus **Vertretern folgender Institutionen** zusammen:

- Ärzte-, Zahnärzte-, Apothekerkammer
- Einrichtungen der Gesundheitsvorsorge und des Patientenschutzes
- Freie Wohlfahrtsverbände
- Gesetzliche Kranken-, Pflege-, Renten- und Unfallversicherung
- Kassenärztliche- und Kassenzahnärztliche Vereinigung
- private Krankenversicherung
- Selbsthilfegruppen
- stationäre Einrichtungen der Krankenversorgung und der Pflege
- Träger ambulanter nichtärztlicher, pflegerischer und sozialer Leistungen.

Aufgabe der kommunalen Gesundheitskonferenz ist es gem. § 24 Abs. 2 ÖGDG NW „gemeinsam interessierende Fragen der gesundheitlichen Versorgung auf örtlicher Ebene mit dem Ziel der Koordinierung“ zu beraten und bei Bedarf Empfehlungen abzugeben. Die Umsetzung von Empfehlungen erfolgt „unter Selbstverpflichtung der Beteiligten“. Weiterhin wirkt die Kommunale Gesundheitskonferenz gem. § 24 Abs. 3 ÖGDG NW an der **Gesundheitsberichterstattung** mit, für die gem. § 21 ÖGDG die untere Gesundheitsbehörde¹⁵⁰⁶ zuständig ist.

Die auf Landesebene gem. § 26 ÖGDG NW einzurichtende **Landesgesundheitskonferenz** nimmt dort ähnliche Aufgaben wahr und ist vergleichbar zusammengesetzt.

Die Einrichtung der Kommunalen Gesundheitskonferenzen als solche, sowie ihre Aufgaben und Zusammensetzung ist von Wimmer einer grundsätzlichen rechtlichen **Kritik** unterzogen worden.¹⁵⁰⁷ Dabei wird vor allem die Koordinierungsfunktion kritisiert, die unzulässig in die Kompetenzen der beteiligten anderen Träger von Gesundheitseinrichtungen eingreifen soll. Auch das Modell der Umsetzung von Empfehlungen auf der Basis einer Selbstverpflichtung hält Wimmer für bedenklich.

¹⁵⁰⁵ Verordnung v. 20.08.1999, GV NRW S. 542.

¹⁵⁰⁶ Das sind gem. § 5 ÖGDG NW die Kreise und kreisfreien Städte.

Diese Kritik vermag indes nicht zu überzeugen. Da das Gesetz für die einzelnen zur Mitwirkung berufenen Träger und Gruppen keine Mitwirkungspflicht begründet und Selbstverpflichtung keine rechtlichen Bindungen erzeugen, werden die Kompetenzen der anderen Träger gewahrt, auch wenn sie auf bundesrechtlicher Grundlage errichtet sind und arbeiten. Es handelt sich um Instrument informeller Koordinierung, deren Wirksamkeit in der Tat von der Mitwirkungsbereitschaft der Beteiligten abhängig ist und nicht einseitig vom Landesgesetzgeber bzw. den Kommunen erzwungen werden kann. Damit ist die Arbeit der Kommunalen Gesundheitskonferenzen aber nicht wirkungslos. Vielmehr ist davon auszugehen, daß heute ein gesellschaftspolitisches Klima herrscht, das die Bedeutung auch informellen Zusammenarbeitens erkannt hat und es deshalb als Handlungsoption ernst nimmt. Welcher Wert der Arbeit der Kommunalen Gesundheitskonferenzen beizumessen ist, wird aber wohl erst nach einiger Zeit festgestellt werden können. Einstweilen handelt es sich um eine neue institutionelle Form, die eine informelle Bürgerbeteiligung am Gesundheitswesen ermöglicht.

3. Beteiligungsrechte in den Organen der Sozialversicherung

Eine weitere gesetzlich geregelte Form der Bürgerbeteiligung am Gesundheitswesen stellen die Beteiligungsrechte dar, die den Versichertenvertretern in den Organen der gesetzlichen Krankenversicherung zugewiesen werden. Angesichts der weitgehenden Verrechtlichung des Versicherungswesens kommt diesen Organen aber keine großer Gestaltungsspielraum zu. Dieser Form der Bürgerbeteiligung kommt deshalb praktisch keine große Bedeutung zu.

II. Bestandsaufnahme Ausland

1. Schottland

Praktische Erfahrungen zur Bürgerbeteiligung wurden in Schottland gemacht: Das 1993 eingerichtete Scottish Intercollegiate Guidelines Network (SIGN) ist ein Netzwerk aus Vertretern von Gesundheitseinrichtungen und geschulten Patienten,

das eine Patientenbeteiligung an der Erstellung klinischer Leitlinien ermöglicht. Das SIGN fordert u.a. für den Laien verständlich abgefaßte Patienteninformationen und ärztliche Leitlinien unter Verwendung zusammenfassender „key messages“.

2. USA

Mit dem „Oregon Health Plan“ wird versucht, die Einstellungen, Meinungen und Wertvorstellungen der Bevölkerung in die politische Willensbildung einfließen zu lassen. Methoden dieser Bürgerbeteiligung sind öffentliche Hearings, telefonische Befragungen und kommunale Versammlungen. Problematisch sind die Themenauswahl und die mangelnde Repräsentanz der gewonnenen Ergebnisse.

3. Niederlande

In den Niederlanden besteht ein hochentwickeltes Netz von Patienten- / Bürgerorganisationen, die sich auf unterschiedlichen Ebenen zu Dachverbänden zusammengeschlossen haben.

Daneben werden den Patienten in den Niederlanden auf andere Weise kollektive Beteiligungsrechte eingeräumt. Der „Client Representation Act“ von 1996 verpflichtet öffentlich finanzierte Gesundheitseinrichtungen, sog. Klientenräte auf der Organisationsebene einzurichten. Dadurch werden die Patienten am Krankenhausmanagement beteiligt. In folgenden Bereichen können die Klientenräte mitwirken: Budgetverabschiedung, Beteiligung an Wahl der Klinikleitung und der Qualitätssicherung, Sicherheit, Beschwerdemanagement, Informationsrechte.

4. Großbritannien

Das National Institute for Clinical Excellence (NICE) ist eine Experteninstitution, die die Effektivität und Effizienz gesundheitlicher Dienstleistungen bewertet. Sie erstellt Empfehlungen, setzt diese um und evaluiert ihre Wirkungen. Das NICE wird als Vorbild für den Koordinierungsausschuss iSd § 137 e SGB V gesehen

III. Handlungsbedarf und Regelungsvorschläge

Eine Erweiterung der (allgemeinen) Bürgerbeteiligung am Gesundheitswesen macht vor allem dort Sinn, wo echte Entscheidungs- und Gestaltungsmöglichkeiten, und sei es in der Form von Koordinierung, bestehen. Solange das Recht der Leistungserbringung nahezu vollständig normativ determiniert ist, ergibt eine Erweiterung der Bürgerbeteiligung in diesem Bereich keinen Sinn.

Überlegenswert erscheint demgegenüber die Einrichtung von Patientenbeiräten bei den Ärztekammern und Krankenhausträgern. Auch das Modell der Kommunalen Gesundheitskonferenz, wie es in Nordrhein-Westfalen praktiziert wird, sollte beobachtet und im Falle von positiven Erfahrungen zur Nachahmung empfohlen werden. Es ist aber zu berücksichtigen, daß derartige Initiativen nur dann Erfolg haben werden, wenn (zuvor) eine ausreichende Bereitschaft zur Mitwirkung besteht. Ein Indiz dafür können die bestehenden Patientenvereine und Selbsthilfegruppen sein, aus denen sich am leichtesten kompetente Vertreter von Bürgerinteressen am Gesundheitswesen rekrutieren lassen.

Sechster Teil: Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen

A) Handlungsempfehlungen aus der Sicht des Privatrechts

- Bei der **Einwilligung** ist in bestimmten Bereichen eine gesetzliche Regelung der Frage erforderlich, wann ein **einsichtsfähiger Minderjähriger allein entscheiden** kann und wann die Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter notwendig ist. Das gilt vor allem für **lebenserhaltende Maßnahmen** und **Schwangerschaftsabbruch**. Hier sollte für die Fortsetzung der (ggf. mutmaßliche) Wille des einsichtsfähigen Minderjährigen allein ausreichen, für den Abbruch dagegen die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter gefordert werden.
- Für die **Zustimmung des Betreuers zum Behandlungsabbruch** bei einem einwilligungsunfähigen Patienten sollte festgelegt werden, daß sie der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht entsprechend § 1904 BGB bedarf.
- Gesetzlich geregelt werden sollten die **Patientenverfügung** und die Bestellung eines Gesundheitsbevollmächtigten, und zwar in Anlehnung an die Beschlüsse des 63. Deutschen Juristentages 2000.
- Langfristig erscheint eine Verbesserung der **Entschädigung für unverschuldete Behandlungsunfälle** nach dem Vorbild der skandinavischen Patientenversicherungen wünschenswert, jedoch nur in Form einer **Grundentschädigung**, die das gegenwärtige System der Verschuldenshaftung nicht ablöst, sondern ergänzt. Allerdings bedarf es zuvor noch empirischer Untersuchungen, in welchem Umfang hier Schäden entstehen, die nicht bereits durch soziale Ersatzleistungen gedeckt sind. Auch sind Untersuchungen zur Finanzierbarkeit eines solchen Systems erforderlich.
- In zwei Teilbereichen wird eine **Gefährdungshaftung** vorgeschlagen, und zwar
 - a) nach dem Vorbild Frankreichs, der Niederlande, Österreichs und der Schweiz für fehlerhafte Geräte,
 - b) gegenüber Personen, an denen medizinische Maßnahmen in fremdem Interesse erfolgen, d. h. insbesondere gegenüber Organ-, Gewebe- und

Blutspendern sowie gegenüber Teilnehmern an wissenschaftlichen Experimenten.

- Der **Schadensersatzanspruch** wegen eines **ärztlichen Behandlungsfehlers** sollte in Voraussetzungen und Folgen einheitlich geregelt, d. h. bei der Arzthaftung sollten die Unterschiede in der Verjährung, beim Schmerzensgeld und bei der Gehilfenhaftung beseitigt werden.
- Nach dem Vorbild des Art. 7: 462 des neuen niederländischen Zivilgesetzbuches sollte eine **zentralisierte Haftung des Krankenhausträgers** für Behandlungen im Krankenhaus geschaffen werden.
- Fremdnützige medizinische **Versuche an Minderjährigen** bedürfen dringend einer gesetzlichen Regelung, schon um Art. 2 Abs. 2 GG zu genügen. Dabei sind die Vorgaben der neuen EU-Richtlinie über klinische Prüfungen von Humanarzneimitteln umzusetzen und auf andere wissenschaftliche medizinische Versuche zu übertragen. Bei Versuchen an Kindern, die selbst die Prüfung, ihre Risiken und Vorteile nicht begreifen können, sollten nur Versuche zugelassen werden, die nicht mehr als minimale Risiken und Belastungen mit sich bringen.

B) Handlungsempfehlungen aus der Sicht des Strafrechts

- Ausgangspunkt aller Überlegungen ist der **fragmentarische Charakter** des Strafrechts. Für eine Stärkung von Patientenrechten ist das **Strafrecht kein bevorzugter Regelungsbereich**. Dieses Rechtsgebiet als letzte Ebene der Sozialkontrolle sollte dem Schutz der essentiellen Rechtsgüter von Leben und Gesundheit wie bisher vorbehalten bleiben.
- Die geringen Verurteilungszahlen - übrigens auch wegen ärztlicher Behandlungsfehler - belegen den eher **symbolischen Charakter des Strafrechts**.
- Im Bereich der **Sterbehilfe** sollten auf der Grundlage der Erfahrungen der **Hospizbewegung** entsprechende Modelle gestärkt werden. Aktive Sterbehilfe - etwa vergleichbar mit dem niederländischen Modell - ist wieder in der Diskussion.
- Sorgfältig sollte weiter geprüft werden, ob die **gegenwärtigen Allokationsregeln** in der **Transplantationsmedizin** tatsächlich zu einer gerechten patientenzentrierten Organverteilung führen.

C) Handlungsempfehlungen aus der Sicht des öffentlichen Rechts

- Verabschiedung einer (deklaratorischen) **Charta der Patientenrechte** durch den Deutschen Bundestag zur Verdeutlichung der bestehenden Patientenrechte und der zu beachtenden allgemeinen Grundsätze
- Anerkennung des **Patientenstatus von Embryonen** als Folge ihres Grundrechtsschutzes und entsprechende verfahrensrechtliche bzw. institutionelle Absicherung
- Absicherung der **Kontakt- und Betreuungsmöglichkeiten** zu Familienangehörigen und Vertrauten, insbesondere zu Kindern, in Krankenhäusern
- Allgemeine Einführung von **Patientenberatung** und **Patientenbeschwerdestellen** in Krankenhäusern
- Ausbau der **Informations-, Beratungs- und Beschwerdemöglichkeiten** außerhalb des stationären Bereichs
- Ausbau des Angebots an **Schlichter- und Gutachterstellen**
- Erweiterung der Mitwirkungsmöglichkeiten in Form der **Bürgerbeteiligung** durch die Einrichtung von Patientenbeiräten oder in der Form der nordrhein-westfälischen Kommunalen Gesundheitskonferenzen, soweit diese sich bewähren